

8 90 - 7623

UB

# Münchener Universitätsschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

im Auftrag der Juristischen Fakultät

von

Andreas Heldrich, Peter Lerche, Claus Roxin

Band 77





# Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb

von

JOHANNES HAGER



C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN 1990



3406341195

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

*Hager, Johannes:*

Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb / von

Johannes Hager. – München : Beck, 1990

(Münchener Universitätschriften : Reihe der Juristischen  
Fakultät ; Bd. 77)

Zugl.: München, Univ., Habil.-Schr.

ISBN 3 406 34119 5

NE: Universität <München>: Münchener Universitäts-  
schriften / Reihe der Juristischen Fakultät

ISBN 3 406 34119 5

© 1990 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München  
Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität München  
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft  
Satz und Druck: C. H. Beck'sche Buchdruckerei, Nördlingen

*Für Christine*



## Vorwort

Die Arbeit hat im Wintersemester 1987/88 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift vorgelegen. Sie wurde im Mai 1987 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende 1988, vereinzelt auch darüber hinaus, eingearbeitet oder nachgetragen.

Die Schrift wurde von meinem verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Claus-Wilhelm Canaris betreut. Eine lehrreiche Assistentenzeit an seinem Lehrstuhl gab mir die Gelegenheit, die Arbeit anzufertigen. Für die stets großzügige und wohlwollende Förderung danke ich ihm auch an dieser Stelle auf das herzlichste. Mein Dank gilt ferner Herrn Professor Dr. Dieter Medicus, der das Zweitgutachten erstattet hat.

Viele haben mir geholfen: Herr Privatdozent Dr. Lorenz Fastrich, Herr Dr. Stephan Breidenbach und Herr Reinhard Singer durch ihre Bereitschaft zur Diskussion, Frau Annette v. Gerlach-Zapf, Frau Heidrun Graf, Herr Arne Grußendorf, Herr Hans-Jörg Kolbeck, Frau Dietlind Weinland und Frau Marina Wellenhofer bei der Überprüfung der Zitate und bei der Drucklegung, Frau Heidrun Graf zudem bei der Erstellung des Sachregisters. Frau Renate Grobler und Frau Antonie Friedl haben die Reinschrift des Manuskripts besorgt. Ihnen allen danke ich herzlich.

Den Herausgebern der Münchener Universitätsschriften bin ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der Juristischen Fakultät verbunden, der Deutschen Forschungsgemeinschaft für den großzügigen Druckkostenzuschuß.

München/Eichstätt, Januar 1990

Johannes Hager



## Inhaltsübersicht

<i>1. Kapitel. Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung</i> . . . . .	1
§ 1 Die Interessenabgrenzung zwischen Eigentümer und Erwerber . . . . .	2
§ 2 Abgrenzung der Themenstellung . . . . .	3
 <i>2. Kapitel. Die gesetzliche Regelung des redlichen Erwerbs als Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie?</i> . . . . .	 9
§ 3 Die („Dritt-“) Wirkung der Grundrechte, insbesondere des Art. 14 GG, für bürger- lich-rechtliche Gesetze . . . . .	10
§ 4 Der redliche Erwerb im System des Art. 14 GG . . . . .	46
 <i>3. Kapitel. Der Schutzbereich der Redlichkeitsvorschriften</i> . . . . .	 88
§ 5 Die Schutzwürdigkeit des Erwerbers . . . . .	88
§ 6 Die Konsequenzen der fehlenden Schutzwürdigkeit des Erwerbers, insbesondere das Problem des Abstraktionsprinzips . . . . .	182
 <i>4. Kapitel. Der redliche Erwerb beweglicher Sachen</i> . . . . .	 225
§ 7 Die objektiven Voraussetzungen . . . . .	225
§ 8 Die Position des Rechtsinhabers als Schranke des redlichen Erwerbs . . . . .	330
§ 9 Die Zurechnung . . . . .	384
 <i>5. Kapitel. Der redliche Erwerb kraft „öffentlichen Glaubens“</i> . . . . .	 419
§ 10 Der redliche Erwerb im Liegenschaftsrecht . . . . .	419
§ 11 Der redliche Erwerb kraft Erbscheins . . . . .	442
 <i>6. Kapitel. Zusammenfassung</i> . . . . .	 459





# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel. Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung</b> . . . . .	<b>1</b>
§ 1 Die Interessenabgrenzung zwischen Eigentümer und Erwerber . . . . .	2
I. Beharrungs- gegen Erwerbsinteresse . . . . .	2
II. Das Risiko der Insolvenz des Verfügenden . . . . .	2
III. Das Umlaufinteresse . . . . .	3
§ 2 Abgrenzung der Themenstellung . . . . .	3
I. Die formale Grenzziehung zur Vertrauensentsprechung . . . . .	3
1. Die Unterschiede in der Zuordnung der Verfügung . . . . .	3
a) Die Person des Verfügenden . . . . .	4
(1) Die Vertrauensentsprechung . . . . .	4
(2) Der redliche Erwerb . . . . .	5
(3) Die Konsequenzen der unterschiedlichen Zuordnung . . . . .	6
b) Die Einordnung handelsrechtlicher Scheintatbestände . . . . .	7
2. Der Einwendungsverlust . . . . .	7
3. Die Einordnung des § 366 HGB . . . . .	8
II. Die Grenzziehung zum absoluten Verkehrsschutz . . . . .	8
<b>2. Kapitel. Die gesetzliche Regelung des redlichen Erwerbs als Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie?</b> . . . . .	<b>9</b>
§ 3 Die („Dritt-“) Wirkung der Grundrechte, insbesondere des Art. 14 GG, für bürgerlich-rechtliche Gesetze . . . . .	10
I. Einordnung und Relevanz der Fragestellung . . . . .	10
1. Die Drittwirkung der Grundrechte als Voraussetzung der Kontrolle der §§ 892 f., 932 ff. BGB an Art. 14 GG . . . . .	10
2. Grundrechtsbindung kontra Drittwirkung? . . . . .	10
II. Sonderregeln der Eigentumsgewährleistung? . . . . .	11
1. Bindung nur der öffentlichen Gewalt? . . . . .	11
2. Festlegung des Inhalts des Eigentums durch das bürgerliche Recht? . . . . .	11
a) Die Integration des einfachen Rechts in die Verfassung . . . . .	12
b) Die Notwendigkeit eines originär verfassungsrechtlichen Begriffs des Eigentums . . . . .	13
c) Die Differenzierung zwischen Inhalts- und Schrankennormen . . . . .	15
3. Der Gestaltungsprimat der Legislative . . . . .	16
a) Die Notwendigkeit der Kontrolle anhand des Verfassungsrechts . . . . .	17
b) Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit . . . . .	18
III. Die grundlegenden Positionen . . . . .	19
1. Grundrechtsbindung nur bei „vollziehbaren“ Verfassungsnormen . . . . .	19
2. Die Reduktion der Grundrechtsbindung auch beim Erlass zivilrechtlicher Gesetze – die mittelbare Drittwirkung . . . . .	20
a) Die Beachtung nur der zugrunde liegenden Prinzipien . . . . .	20
b) Die Bindung an das objektive Wertsystem . . . . .	21

(1) Der Vorrang der Verfassung vor dem Gesetz	22
(2) Keine Relativierung der Bindung	24
c) Die Funktion des Art. 1 Abs. 3 GG	25
(1) Die vermeintliche Sonderstellung zivilrechtlicher Normen	25
(2) Die Bindung auch des Zivilgesetzgebers	26
(3) Bloßes In-Kauf-Nehmen der Beeinträchtigung?	28
d) Die Schutzpflichten	28
(1) Sonderstellung des Zivilrechts?	29
(2) Die Zurechnung von erlaubten Eingriffen Privater	30
(3) Der Eingriffscharakter der §§ 892 f., 932 ff. BGB	32
(4) Bloßer Schutz der Menschenwürde?	32
e) Der Konkretisierungsprimat der Legislative	33
f) Die Intensität der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht	33
g) Die Kollisionsproblematik	34
3. Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte – die direkte Drittwirkung	35
a) Der nichtrechtsgeschäftliche Bereich	36
b) Zwingendes und dispositives Recht im rechtsgeschäftlichen Bereich	36
IV. Insbesondere: Die Kollisionsproblematik	37
1. „Scheinkollisionen“?	37
2. Die Funktion der Gesetzesvorbehalte	38
3. Die Verbindlichkeit der allgemeinen Regeln	38
a) Die Güterabwägung	39
b) Die Rolle der beteiligten Belange im jeweiligen Einzelfall	39
c) Die strukturelle Identität der Kollisionsproblematik im öffentlichen und im bürgerlichen Recht	40
V. Insbesondere: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	41
1. Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit nach beiden Seiten	41
2. Der Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers	43
3. Der Spielraum der Legislative	44
4. Der Grundsatz der Erforderlichkeit	44
§ 4 Der redliche Erwerb im System des Art. 14 GG	46
I. Die verfassungsrechtlichen Positionen des bisherigen Eigentümers und des Erwerbers	46
1. Der Schutzbereich des Art. 14 GG	46
a) Das Sacheigentum	47
b) Privatrechtliche Ansprüche	48
2. Die Inhaltsbestimmung des Eigentums durch die Legislative und ihre Schranken	49
a) Die Garantie der privatnützigen Zuordnung	49
b) Die Durchbrechung der privatnützigen Zuordnung durch die §§ 892 f., 932 ff. BGB	52
c) Die Rolle des Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG	53
d) Rechtfertigung durch gesteigerte Sozialbindung?	54
II. Die Qualifizierung des redlichen Erwerbs. Meinungsstand	56
1. Enteignung	56
a) Definition: Entzug einer garantierten Position	56
b) Der redliche Erwerb als enteignender Eingriff?	57
c) Das Wohl der Allgemeinheit als Zulässigkeitsvoraussetzung	58
(1) Überlegenheit der Position des Erwerbers?	58
(2) Verkehrsschutz als Wohl der Allgemeinheit?	59
d) Legalenteignung bei Inkrafttreten des BGB?	61

(1) Der relevante Zeitpunkt . . . . .	62
(2) Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die neue Regelung . . . . .	62
e) Der redliche Erwerb als enteignungsgleicher Eingriff? . . . . .	64
2. Inhalts- und Schrankenbestimmung . . . . .	65
3. Lösungsvorschläge der Literatur . . . . .	67
a) Schulte: Eingriffsbefugnis bei abstrakt-öffentlichem Interesse . . . . .	67
(1) Die Mißachtung des Bestandsinteresses . . . . .	67
(2) Unterschiedliche Anforderungen an das allgemeine Wohl bei Gesetz und Verwaltungsakt? . . . . .	68
(3) Die Reduktion des Wohls der Allgemeinheit auf das Interesse am Erlaß der Norm . . . . .	68
b) Schwabe: Privatrechtliche Beeinträchtigung aus wichtigem Grund . . . . .	69
c) Schulze-Osterloh: Privatrechtlicher Eingriff als entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung . . . . .	70
(1) Die Abgrenzung zur Enteignung . . . . .	70
(2) Die Rolle der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Enteignung . . . . .	71
(3) Die Mißachtung des Bestandsschutzes . . . . .	72
d) Wendt: Privatrechtliche Beeinträchtigung als sozialpflichtüberschreitende Schrankenbestimmung aus wichtigem Grund . . . . .	74
III. Die Vorschriften des redlichen Erwerbs als Kollisionsregeln . . . . .	75
1. Die Gestaltungsmöglichkeiten der Legislative . . . . .	75
a) Die Festlegung des Schutzbereichs . . . . .	75
b) Der Ausgleich von Kollisionen . . . . .	76
(1) Gleichgeordnete private Belange . . . . .	76
(2) Art. 14 Abs. 2 und 3 GG als Sonderregeln der Berücksichtigung des öffentlichen Interesses . . . . .	78
(3) Keine Rückkehr zur „klassischen Enteignung“ . . . . .	78
(4) Die Überschneidung der Regelungsbereiche . . . . .	79
2. Die Anforderungen an die konkurrierenden Belange . . . . .	79
a) Die notwendige Kollision mit den Interessen des Erwerbers . . . . .	79
b) Der Spielraum der Legislative . . . . .	81
c) Der unentgeltliche Erwerb . . . . .	81
3. Das Problem der Kompensation . . . . .	84
a) Das Recht und die Pflicht der Legislative zur Normierung von Ausgleichsansprüchen . . . . .	84
(1) Der Grundsatz: Pflicht zur Normierung . . . . .	85
(2) Die Ausnahme: Ausgleich konkurrierender Vermögensinteressen . . . . .	85
(3) Die Konsequenzen für § 816 Abs. 1 S. 1 BGB . . . . .	86
b) Der Anspruchsgegner . . . . .	86
c) Subsidiäre Haftung der öffentlichen Hand? . . . . .	86
(1) Die Unterschiede zur Enteignung . . . . .	87
(2) Die Pflicht nur zum Erlaß einer Kompensationsregel . . . . .	87
 3. Kapitel. Der Schutzbereich der Redlichkeitsvorschriften . . . . .	 88
§ 5 Die Schutzwürdigkeit des Erwerbers . . . . .	88
I. Der unentgeltliche Erwerb . . . . .	88
1. Der Begriff der Unentgeltlichkeit . . . . .	89
2. Die Sicherung eines Kredits . . . . .	90
3. Die nachträgliche Vereinbarung eines Entgelts . . . . .	90
4. Die gemischte Schenkung . . . . .	91

a) Herausgabepflicht des Beschenkten? . . . . .	91
b) Der Umfang der Herausgabepflicht des Verfügenden . . . . .	93
II. Das Erfordernis des „Rechtsgeschäfts“ . . . . .	96
1. Die h. M.: Beschränkung auf rechtsgeschäftlichen Erwerb . . . . .	96
2. Das uneinheitliche Meinungsbild in den Detailproblemen . . . . .	96
3. Die Untauglichkeit der These . . . . .	99
a) Die Entstehungsgeschichte . . . . .	99
(1) Redaktor . . . . .	99
(2) Motive und Protokolle . . . . .	100
b) Die Unmöglichkeit einer strikten Trennung zwischen rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Erwerb . . . . .	101
(1) Die Vertypung von Willenserklärungen durch das Gesetz . . . . .	101
(2) Der vermeintliche Vorrang des schuldrechtlichen Entstehungsstatbestands am Beispiel des Pächterpfandrechts . . . . .	103
(3) Die Verschränkung von rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Erwerb . . . . .	103
(4) Die mangelnde Trennschärfe differenzierender Abgrenzung – der mittelbar rechtsgeschäftliche Erwerb . . . . .	105
c) Der Rechtsschein . . . . .	106
d) Die Sittenwidrigkeit der zusätzlich vereinbarten rechtsgeschäftlicher Übertragung . . . . .	107
e) Die im Gesetz vorgesehene Ausnahme – § 366 Abs. 3 HGB . . . . .	108
(1) Der Wortlaut des § 1257 BGB . . . . .	109
(2) Gegenschluß zum Handelsrecht? . . . . .	110
f) Die Kollision mit Wertungen des Gesetzes . . . . .	110
(1) Der Vergleich zwischen § 647 und § 648 BGB . . . . .	110
(2) Die schuldrechtliche Pflicht zur Abtretung anstelle des automatischen Übergangs . . . . .	111
(3) Die Rolle dinglicher und schuldrechtlicher Surrogation . . . . .	112
(4) Die Rolle der §§ 894, 898 ZPO . . . . .	113
g) Die fehlende teleologische Absicherung . . . . .	113
(1) Die mangelnde Schutzwürdigkeit . . . . .	113
(2) Die Funktion des dispositiven Rechts . . . . .	113
(3) Die Funktion der Akzessorität . . . . .	115
(4) Die Funktion des zwingenden Rechts . . . . .	115
h) Der Gedanke der Systemgerechtigkeit: Der Schutz des entgeltlichen Erwerbs . . . . .	116
i) Die Beschränkung des gesetzlichen Erwerbs auf die Ersetzung der Willenserklärungen . . . . .	117
III. Das Erfordernis des „Verkehrsgeschäfts“ . . . . .	118
1. Die Fallgruppen . . . . .	118
2. Die fehlende teleologische Absicherung . . . . .	119
a) Die Sanktion für das „Kennenmüssen“ . . . . .	119
b) Die rechtliche und wirtschaftliche Identität . . . . .	120
c) Das Erwerbsinteresse . . . . .	122
3. Das Kriterium der eigenen Leistung . . . . .	122
IV. Der relevante Zeitpunkt . . . . .	123
1. Die Bestellung dinglicher Sicherheiten vor der Valutierung der Forderung . . . . .	123
a) Der Meinungsstand für die Hypothek . . . . .	123
b) Das fehlende Sicherungsbedürfnis des Erwerbers . . . . .	125
c) Der Erwerb sonstiger Sicherungsrechte . . . . .	127
2. Das Umsatzgeschäft . . . . .	128
a) Der Wortlaut der §§ 932f. BGB . . . . .	129

b) Die Anwartschaft	130
c) Der Schutzzweck des redlichen Erwerbs	130
d) Das vom Veräußerer einseitig vollzogene Umsatzgeschäft	131
3. Die Vormerkung	131
a) Die Zulässigkeit redlichen Ersterwerbs	132
b) Die Wirkung der redlich erworbenen Vormerkung	133
c) Die Vormerkung für künftige Ansprüche	135
4. Die Teilleistung des Erwerbers	136
V. Die Entgeltlichkeit des Erwerbs als durchgängige Voraussetzung für den Schutz des Erwerbers	136
1. Der Maßstab der Entgeltlichkeit	137
a) Die paradigmatische Rolle des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB	137
b) Die fehlende Zugriffsmöglichkeit des Erwerbers auf den Erlös	137
2. Redlicher Erwerb trotz Übergangs kraft Gesetzes	138
a) Beispiele	138
b) Insbesondere: Die Tilgung und Ablösung dinglicher Rechte	138
(1) Die begrenzte Reichweite des § 893 Fall 2 BGB	138
(2) Restriktive Interpretation von § 893 Fall 2 BGB?	140
(3) Leistung nur auf die obligatorische Forderung?	141
(4) Die Leistung durch den das Recht bestellenden Bucheigentümer	142
c) Insbesondere: Der rücklaufende Wechsel	143
d) Fälle des unentgeltlichen Erwerbs	144
3. Kein kondiktionsfester redlicher Erwerb trotz Übergangs durch Rechtsgeschäft	145
a) Beispiele	145
b) Insbesondere: Das Strohmanggeschäft	145
4. Der Erwerb kraft Rechtsnachfolge von Todes wegen	146
a) Die Universalsukzession	146
b) Die vorweggenommene Erbfolge	147
5. Der redliche Erwerb in der Zwangsvollstreckung	149
a) Die Vollstreckung eines Individualanspruchs	150
(1) Die Rolle des § 898 ZPO	150
(2) Der Sonderfall der §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3, 2115 BGB	152
b) Die Vollstreckung zur Beitreibung von Geldforderungen	152
(1) Die Rolle der Pfandrechtsatheorien	153
(2) Die These der Vollstreckungskraft	153
(3) Die Zwangshypothek	157
(4) Die dingliche Surrogation nach § 848 Abs. 2 ZPO	157
(5) Der Sonderfall der §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3, 2115 BGB	157
(6) Der redliche Zweiterwerb	158
c) Die erzwungene Vormerkung	159
(1) Der redliche Erwerb im Fall des § 895 ZPO	159
(2) Der redliche Erwerb aufgrund einer einstweiligen Verfügung	161
6. Der redliche Erwerb von Miteigentumsanteilen	164
a) Der Meinungsstand	164
b) Das Kriterium der eigenen Leistung	165
(1) Differenzierung zwischen Gesamt- und Anteilsverfügung?	166
(2) Die Aufhebung der Gemeinschaft	167
7. Der redliche Erwerb im Gesellschaftsrecht	168
a) Der Erwerb von der Gesellschaft und der Erwerb der Gesellschaft	168
(1) Unentgeltliche Geschäfte	168
(2) Das Hinzutreten weiterer Personen auf der Erwerberseite	169

(3) Das Fehlen einiger Personen auf der Erwerberseite . . . . .	170
(4) Unterschiedliche Beteiligungquoten . . . . .	171
(5) Die Personen- und Anteilsidentität am Beispiel der Einmann-GmbH . . . . .	172
b) Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen . . . . .	176
(1) Anteile an juristischen Personen . . . . .	176
(2) Anteile an einer Gesamthand . . . . .	177
c) Die Einbringung in die Gesamthand und die Auflösung der Gesamthand . . . . .	178
(1) Die Einlage in die Gesamthandsgesellschaft . . . . .	178
(2) Die Auflösung der Gesamthandsgesellschaft . . . . .	178
(3) Die Auflösung der Erbengemeinschaft . . . . .	180
 § 6 Die Konsequenzen der fehlenden Schutzwürdigkeit des Erwerbers, insbesondere das Problem des Abstraktionsprinzips . . . . .	182
I. Die Frage der Konstruktion . . . . .	182
1. Die Unentgeltlichkeit bei Übergang kraft Gesetzes . . . . .	182
2. Die Unentgeltlichkeit bei Übergang durch Rechtsgeschäft . . . . .	182
3. Der „Rückerwerb des Nichtberechtigten“ . . . . .	183
a) Die per saldo fehlende Leistung . . . . .	183
b) Die Konstruktion . . . . .	184
(1) Das „Geschäft für den, den es angeht“ . . . . .	184
(2) Der automatische Rückfall des Eigentums als Folge der Rückabwicklung des obligatorischen Geschäfts . . . . .	186
(3) Die restriktive Interpretation der Normen des Verkehrsschutzes . . . . .	187
4. Die Schenkung . . . . .	188
5. Die denkbaren Lösungen . . . . .	189
II. Der Anspruch des ehemals Berechtigten auf Rückübertragung des Eigentums . . . . .	189
1. Der Anspruch gegen den Verfügenden . . . . .	189
a) Der Anspruch auf Schadensersatz . . . . .	189
b) Der Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB . . . . .	190
c) Der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB . . . . .	192
(1) Die Bereicherungsklage aus ehemaligem Eigentum . . . . .	192
(2) Die Modelle der Reichweite der Nichtleistungskondition . . . . .	195
(3) Die Unabhängigkeit des Anspruchs vom Grund des Rückerwerbs . . . . .	198
2. Der unentgeltliche Erwerb . . . . .	200
3. Die Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers . . . . .	201
a) Die Haftung des Übernehmers eines Vermögens . . . . .	201
b) Die Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers von Todes wegen . . . . .	203
c) Die Haftung des vormerkungsberechtigten Gesamtrechtsnachfolgers . . . . .	204
(1) Der Anspruch gegen den Gesamtrechtsnachfolger . . . . .	204
(2) Das Erfordernis der unbeschränkten Haftung . . . . .	205
(3) Das Modell des § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 3 BGB . . . . .	206
(4) Die Frage der Konstruktion . . . . .	207
d) Die Konsequenzen der Haftungsbeschränkung . . . . .	207
III. Der Vollstreckungs- und Sukzessionsschutz . . . . .	208
1. Das Modell des § 1007 BGB . . . . .	209
a) Der Zuweisungsgehalt des verlorenen Rechts . . . . .	210
b) Der Begriff der Besitzaufgabe . . . . .	211
2. Die analoge Anwendung . . . . .	211
a) Das Charakteristikum der Restitutionsansprüche aus ehemaliger dinglicher Berechtigung . . . . .	211
b) Der Vergleich mit § 1007 BGB . . . . .	212

c) Der methodologische Ansatzpunkt . . . . .	214
d) Die Rolle des Abstraktionsprinzips . . . . .	215
3. Der Vollstreckungsschutz . . . . .	217
a) Bewegliche Sachen . . . . .	217
b) Immobilien . . . . .	220
c) Vorrang des jetzigen Eigentümers? . . . . .	221
4. Der Sukzessionsschutz . . . . .	222
a) Vorrang des jetzigen Eigentümers? . . . . .	222
b) Die Chance des redlichen Erwerbs . . . . .	223
c) Die Erstreckung der Regeln auf unbewegliche Sachen . . . . .	223
d) Die Durchsetzung des Anspruchs . . . . .	224
<b>4. Kapitel. Der redliche Erwerb beweglicher Sachen . . . . .</b>	<b>225</b>
§ 7 Die objektiven Voraussetzungen . . . . .	225
I. Die Modelle zur Rechtfertigung des redlichen Erwerbs . . . . .	225
1. Die Vertrauensentsprechung . . . . .	225
a) Die Voraussetzungen des konkreten Vertrauens . . . . .	226
b) Der fehlende Schutz trotz Erbringung der Gegenleistung . . . . .	227
2. Der Verkehrsschutz . . . . .	227
a) Das Modell der synallagmatischen Abwicklung . . . . .	228
b) Die prinzipielle Beschränkung des Risikos auf das jeweilige Rechtsgrund- verhältnis . . . . .	228
3. Die Risikozuweisung nach dem Kriterium der Effizienz – die ökonomische Analyse des Rechts . . . . .	231
a) Die beschränkte Aussagekraft ökonomischer Modelle . . . . .	231
(1) Die Diskrepanz in der Lösung von Einzelfragen . . . . .	231
(2) Die Schwierigkeit der exakten Ermittlung der relevanten Daten . . . . .	232
(3) Die Änderung der Verteilung . . . . .	233
(4) Der Zielkonflikt mit der „Gerechtigkeit“ . . . . .	236
b) Die Eigenständigkeit des Rechtssystems . . . . .	237
(1) Die Abhängigkeit der Modellbildung vom politischen Ziel . . . . .	237
(2) Der Geltungsanspruch des positiven Rechts . . . . .	238
II. Die traditionelle Sicht: Der Besitz des Verfügenden als Rechtsscheinträger . . . . .	239
1. Die Ungereimtheiten der These . . . . .	240
a) Der Funktionsverlust des unmittelbaren Besitzes als Anhaltspunkt für das Eigentum . . . . .	240
b) Die fehlende Indizwirkung des mittelbaren Besitzes . . . . .	241
c) Die Rolle des § 1006 BGB . . . . .	241
2. Die Ergänzung des Rechtsscheins durch „stärkere Anscheinsmerkmale“ . . . . .	243
3. Die Entäußerung des Besitzes . . . . .	244
III. Die Besitzverschaffungsmacht . . . . .	245
1. Die Verfügung des Berechtigten . . . . .	246
2. Die Bewährung der Stellung des Verfügenden aus der Sicht des Erwerbers . . . . .	247
3. Das Modell des § 934 Fall 2 BGB . . . . .	248
4. Die Verfügung des Besitzdieners . . . . .	250
5. Die Notwendigkeit der Besitzverschaffung . . . . .	251
IV. Die Verschaffung des Herausgabeanspruchs . . . . .	252
1. Die Funktion der handelsrechtlichen Traditionspapiere . . . . .	252
a) Die Ersetzung nur des Vollzugsmoments . . . . .	252
b) Der Erwerb vom Berechtigten . . . . .	253
c) Der Erwerb vom Nichtberechtigten . . . . .	254

(1) Der Verzicht auf den Besitz des Papierschuldners (absolute Theorie) . . .	254
(2) Die Notwendigkeit des Besitzmittlungswillens des Papierschuldners (Repräsentationstheorie) . . . . .	257
(3) Die Existenz eines realisierbaren Herausgabeanspruchs (relative Theorie) . . . . .	259
d) Die Einordnungsproblematik . . . . .	260
2. Die Zession des Herausgabeanspruchs . . . . .	261
a) Sonderrolle der handelsrechtlichen Traditionspapiere? . . . . .	261
b) Die Interpretation des § 934 Fall 1 BGB . . . . .	263
(1) Die Entstehungsgeschichte . . . . .	263
(2) Der Funktionsverlust des – auch mittelbaren – Besitzes . . . . .	263
(3) Die Parallele zu § 931 BGB . . . . .	264
(4) Die Übereinstimmung mit den Anforderungen im Rahmen des § 934 Fall 2 BGB . . . . .	265
(5) Der methodische Ansatz . . . . .	266
c) Die Anforderungen an den Herausgabeanspruch . . . . .	267
(1) Der Unterschied zum Verschaffungsanspruch . . . . .	267
(2) Die Irrelevanz der Rechtsnatur . . . . .	268
(3) Die Existenz des Anspruchs . . . . .	269
(4) Die Geltung der Vertragsregeln für die Zession . . . . .	270
3. Die Funktion sonstiger Papiere . . . . .	271
a) Die Traditionswirkung des Inhaber- und Rektalagerscheins . . . . .	272
b) Die Traditionswirkung der übrigen handelsrechtlichen Papiere . . . . .	273
c) Die Traditionswirkung trotz fehlender wertpapierrechtlicher Legitimation . . . . .	276
V. Die Konsequenzen . . . . .	278
1. Der Geheißerwerb . . . . .	278
a) Der Erwerb vom Berechtigten . . . . .	278
(1) Die Konstruktion der Einigung beim Streckengeschäft . . . . .	278
(2) Die Konstruktion der Übergabe beim Streckengeschäft . . . . .	281
(3) Die sonstigen Fälle des Geheißerwerbs . . . . .	285
b) Der Erwerb vom Nichtberechtigten . . . . .	286
(1) Der Erwerb des Letztabnehmers . . . . .	286
(2) Der Erwerb des Anweisenden . . . . .	286
c) Das Fehlen des Deckungsverhältnisses – die Täuschungsfälle . . . . .	288
(1) Die Problematik des Rechtsscheins . . . . .	288
(2) Die dingliche Einigung . . . . .	290
(3) Das Verbot der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung . . . . .	293
(4) Das Problem des Dissenses . . . . .	300
(5) Das Problem der Anfechtung . . . . .	302
2. Die Veräußerung mit Zustimmung eines Dritten . . . . .	303
a) Der mittelbare Besitz des Zustimmenden . . . . .	303
b) Die Entbehrlichkeit des mittelbaren Besitzes . . . . .	304
3. Die Aneignungsgestattung gemäß § 957 BGB . . . . .	305
a) Die Einordnung in die §§ 932 ff. BGB . . . . .	305
b) Die Entbehrlichkeit des Besitzes und die Korrektur durch das Erfordernis der Zurechnung . . . . .	306
4. Die antizipierte Übergabe – § 932 Abs. 1 S. 2 BGB . . . . .	307
a) Die Entbehrlichkeit des früheren Besitzes des Verfügenden . . . . .	307
b) Das Erfordernis der Besitzverschaffung . . . . .	308
c) Die Zustimmung zur Verfügung eines Dritten . . . . .	309
5. Der gesetzliche Erwerb . . . . .	310
a) Das gesetzlich geregelte Übergabeerfordernis (§ 647 BGB) . . . . .	310



b) Redlicher Erwerb ohne Vollzugsmoment (§ 1250 BGB)?	311
(1) Der Gegenschluß zu § 1154 BGB	311
(2) Das Erfordernis der Besitzverschaffung	314
(3) Die Problematik des Rechtsscheins	315
6. Der Zweiterwerb der Anwartschaft	315
a) Die Problematik des Rechtsscheins	316
b) Die Abhängigkeit vom schuldrechtlichen Geschäft	317
7. Der Erwerb von Miteigentumsanteilen	320
a) Die h.M.: Mitbesitz kein tauglicher Rechtsscheintatbestand	320
b) Die Ausnahmen	321
(1) Der Erwerb von Miteigentumsanteilen an Grundstücken	321
(2) Der Erwerb von Miteigentumsanteilen unter Zustimmung der übrigen Mitbesitzer	321
(3) Der Erwerb von Miteigentumsanteilen eingelagerter beweglicher Sachen	322
c) Die Besitzverschaffungsmacht	322
(1) Die Auflösung der Widersprüche	323
(2) Das Modell des § 932 a Halbsatz 2 BGB	323
d) Der Mitbesitz des Berechtigten als Sperre redlichen Erwerbs	324
e) Der Effektenverkehr	324
(1) Der Ersetzungsmöglichkeit des § 24 Abs. 2 S. 1 DepotG	324
(2) Der Effektingiroverkehr	325
8. Die Entbehrlichkeit von Kenntnis der Besitzlage und Kausalität	328
9. Die entsprechende Anwendung der §§ 932 ff. BGB	329
<i>§ 8 Die Position des Rechtsinhabers als Schranke des redlichen Erwerbs</i>	330
I. Der unmittelbare Besitz des Rechtsinhabers	330
II. Der Herausgabeanspruch des Rechtsinhabers	331
1. Die Rechtfertigung des § 933 BGB	331
a) Die unzureichende Position des Erwerbers	332
(1) Scheitern des mittelbaren Besitzes?	332
(2) Fehlen eines Herausgabeanspruchs?	335
b) Die Besitzaufgabe des Verfügenden	336
(1) Unterschiedlicher Besitzbegriff in § 933 BGB und § 934 BGB?	337
(2) Identität der Vertrauensbeweise?	338
(3) Der Wertungswiderspruch zwischen § 933 BGB und § 934 BGB	338
(4) Die Verfügung unter Zustimmung des vermeintlich Berechtigten	341
(5) Bindung an die legislative Fehlentscheidung?	342
c) Der Herausgabeanspruch des Berechtigten	342
(1) Die Entstehungsgeschichte des § 933 BGB	343
(2) Die betroffenen Belange	343
(3) Die Notwendigkeit der Existenz des Anspruchs	343
(4) Die Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs	344
d) Die Konsequenzen	344
(1) Der Effektingiroverkehr	344
(2) Die Übereignung unter Begebung eines Lagerscheins an eigene Order	344
(3) Das Besitzkonstitut beim Orderwechsel	345
(4) Das Besitzkonstitut unter Übergabe des Kfz – Briefes	345
2. Die Rechtfertigung des § 934 BGB	346
a) Fallbeispiele	346
(1) § 934 Fall 1 BGB	346
(2) § 934 Fall 2 BGB	346

b) Die h. M.: Die maßgebliche Rolle des unmittelbaren Besitzers . . . . .	347
(1) Der Wortlaut . . . . .	348
(2) Die Gefährdung der Rechtssicherheit . . . . .	348
(3) Die normative Überformung des Willens des unmittelbaren Besitzers . . . . .	350
(4) Die Funktion des § 116 S. 1 BGB . . . . .	352
(5) Die Disprivilegierung des Erwerbs vom Berechtigten . . . . .	353
(6) Die doppelte Besitzmittlung nach Verfügung über eine Anwartschaft . . . . .	355
(7) Die Wertentscheidung des § 936 Abs. 3 BGB . . . . .	357
c) Die Lehre vom Nebenbesitz . . . . .	360
(1) Die zeitliche Dimension des Doppelspiels . . . . .	360
(2) Die Verheimlichungsabsicht . . . . .	360
d) Der Herausgabeanspruch des Berechtigten . . . . .	362
(1) Die Parallele zu § 933 BGB . . . . .	363
(2) Die Bedeutungslosigkeit des Willens des unmittelbaren Besitzers . . . . .	364
e) Die Konsequenzen . . . . .	364
(1) Die Unmöglichkeit des Herausgabeanspruchs . . . . .	364
(2) Die Funktion des § 407 Abs. 1 BGB . . . . .	365
(3) Mehrere Exemplare eines Konnossements . . . . .	366
(4) Die Aufkündigung des mittelbaren Besitzes . . . . .	369
3. Insbesondere: Die Sperrwirkung des verbrieften Herausgabeanspruchs . . . . .	370
a) Die Eigenständigkeit des § 934 Fall 2 BGB . . . . .	372
b) Der Herausgabeanspruch des bislang Berechtigten als Sperre des redlichen Erwerbs . . . . .	374
c) Die Erstreckung auf den Erwerb vom Berechtigten . . . . .	374
d) Sonderregeln für verbrieft Herausgabeansprüche? . . . . .	376
(1) § 792 Abs. 1 S. 3 BGB analog? . . . . .	377
(2) Der Begriff des Wertpapiers . . . . .	377
(3) Das sachenrechtliche Traditionsprinzip . . . . .	378
(4) Die Vereitelung späteren redlichen Erwerbs . . . . .	380
(5) Die Vinkulierung des Herausgabeanspruchs . . . . .	381
(6) Die Parallele zum Geheißerwerb . . . . .	382
e) Die durchgängige Sperrfunktion des Herausgabeanspruchs . . . . .	383
f) Die Konsequenzen . . . . .	383
§ 9 Die Zurechnung . . . . .	384
I. Die Zurechnungsprinzipien . . . . .	384
1. Das Veranlassungsprinzip . . . . .	385
2. Das Verschuldensprinzip . . . . .	386
3. Das (Mißbrauchs-) Risikoprinzip . . . . .	387
a) Die Zurechnung anhand des natürlichen Willens des Eigentümers . . . . .	387
(1) Die uneinheitlichen Konsequenzen der h. M. . . . .	388
(2) Die fehlende Trennschärfe des Kriteriums . . . . .	390
b) Die Rolle normativer Kriterien . . . . .	391
(1) Der Vorrang normativer Entscheidungen . . . . .	391
(2) Die Funktion der §§ 104 ff. BGB . . . . .	391
(3) Der Gesichtspunkt der Risikoübernahme . . . . .	392
c) Der Zeitpunkt des Besitzverlusts . . . . .	393
II. Die Zurechnung anhand normativer Kriterien, insbesondere der Vorschriften über das Rechtsgeschäft . . . . .	394
1. Die Geschäftsunfähigkeit und die beschränkte Geschäftsfähigkeit . . . . .	394
2. Die Regeln der §§ 116 ff., 154 f. BGB . . . . .	394
a) Die Rolle des Adressatenkreises . . . . .	394

b) Die Wirkung der Normen . . . . .	395
(1) §§ 116f., 154f. BGB . . . . .	395
(2) §§ 119ff. BGB . . . . .	395
(3) § 123 BGB . . . . .	396
3. Die Regeln der Stellvertretung . . . . .	397
a) Die Konflikte zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer . . . . .	397
b) Die Zurechnung der Verfügung eines Vertreters im eigenen Namen . . . . .	398
c) Die Zurechnung der Verfügung eines Organs im eigenen Namen . . . . .	399
(1) Juristische Person . . . . .	399
(2) Gesamthandsgesellschaft . . . . .	401
d) Die Zurechnung der Verfügung eines Miteigentümers . . . . .	403
4. Der Verstoß gegen die §§ 134, 138 BGB . . . . .	403
5. Die Verfügung des Besitzdieners im eigenen Namen . . . . .	404
6. Der fehlende mittelbare Besitz . . . . .	406
7. Hoheitliche Maßnahmen . . . . .	406
III. Die Zurechnung als Lösung eines Dreipersonenkonflikts . . . . .	408
1. Die Rechtslage im Dreipersonenverhältnis . . . . .	409
2. Die Rechtslage im Zweipersonenverhältnis . . . . .	410
a) Die Notwendigkeit eines intakten dinglichen Geschäfts . . . . .	410
b) Der Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 WG . . . . .	411
c) Die Rückabwicklung angesichts des fehlerhaften obligatorischen Geschäfts . . . . .	413
d) Der Rechtsschein . . . . .	416
e) Die Erweiterung des redlichen Erwerbs auf den Fall der fehlenden Verfügungsbefugnis . . . . .	418
 5. Kapitel. Der redliche Erwerb kraft „öffentlichen Glaubens“ . . . . .	419
§ 10 Der redliche Erwerb im Liegenschaftsrecht . . . . .	419
I. Die Veranlassung der Eintragung des Erwerbers . . . . .	419
1. Vertrauen in das Grundbuch? . . . . .	419
2. Die Funktion des § 39 GBO . . . . .	421
a) Der Erwerb vom Berechtigten . . . . .	421
b) Der Erwerb vom Nichtberechtigten . . . . .	422
II. Die Konsequenzen . . . . .	423
1. Die Änderung des Grundbuchstandes zwischen der Einigung und der Eintragung des Erwerbers . . . . .	423
a) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach der Einigung . . . . .	424
b) Die Grundbuchberichtigung nach der Einigung . . . . .	426
c) Die Eintragung eines Widerspruchs nach der Einigung . . . . .	427
d) Die Kontroll- und Interventionsbefugnis des Grundbuchamts . . . . .	428
(1) Anwartschaft des Erwerbers? . . . . .	429
(2) Die Rolle des § 892 Abs. 2 BGB . . . . .	429
(3) Parallele zu § 878 BGB? . . . . .	431
2. Die fehlende Voreintragung des Verfügenden . . . . .	432
3. Die Doppelbuchung . . . . .	433
4. Die inhaltlich unzulässige und nichtige Buchung . . . . .	435
5. Die abgekürzte Übertragung . . . . .	438
a) Die direkte Übereignung . . . . .	438
b) Die Kettenauflassung . . . . .	439
c) Die Übertragung der Anwartschaft . . . . .	439

6. Der gesetzliche Erwerb . . . . .	440
a) Eintragung analog § 925 BGB? . . . . .	440
b) Die Wahlmöglichkeit zwischen Berichtigung und Auflassung . . . . .	441
§ 11 Der redliche Erwerb kraft Erbscheins . . . . .	442
I. Die Existenz des Erbscheins als Anknüpfungspunkt . . . . .	442
1. Die vermeintliche Sonderrolle des Erbscheins . . . . .	442
a) Die Fiktion der Verfügung des Berechtigten . . . . .	443
b) Der subjektive Bezug des Geschäfts auf den Nachlaß . . . . .	445
2. Die Einordnung in den Erwerb vom Nichtberechtigten . . . . .	447
a) Immobilien . . . . .	447
b) Bewegliche Sachen . . . . .	448
(1) Die Herstellung des Zurechnungszusammenhangs . . . . .	448
(2) Nachforschungsobliegenheit des Erwerbers? . . . . .	448
II. Die Konsequenzen . . . . .	450
1. Die Existenz und Gültigkeit des Erbscheins . . . . .	450
2. Die Geltung des § 933 BGB . . . . .	451
3. Die Geltung des § 892 Abs. 2 BGB . . . . .	452
4. Der Vorrang des Widerspruchs im Grundbuch vor dem Erbschein . . . . .	454
5. Widersprüchliche Erbscheine . . . . .	455
<b>6. Kapitel. Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>459</b>
Literaturverzeichnis . . . . .	463
Sachverzeichnis . . . . .	495

## 1. Kapitel

### Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung

Fragen des redlichen Erwerbs<sup>1</sup> zählten lange Zeit nicht eben zu den Brennpunkten des Interesses. Das wäre nicht weiter verwunderlich, könnte man es als Zeichen dafür nehmen, die Probleme seien umfassend und unter allgemeiner Zustimmung gelöst. Ein solcher Eindruck würde freilich trügen. Charakteristisch ist die eher resignierende Feststellung *Baurs*, eine vollbefriedigende Antwort zur Rechtfertigung des redlichen Erwerbs sei bisher noch nicht gelungen; einigermaßen akzeptabel sei nur die Kumulierung des Gedankens der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit dem Vertrauensgedanken.<sup>2</sup> Auf der anderen Seite zeigt die gerade in jüngeren Entscheidungen und Beiträgen an verschiedenen Problemknoten aufflackernde Diskussion, daß auch die dogmatischen Grundlagen alles andere als sicher sind: Die Beschränkung auf rechtsgeschäftlichen Erwerb,<sup>3</sup> Umfang und Funktion des Besitzes als (angebliche) Legitimationsbasis,<sup>4</sup> die mit dem Schlagwort des Nebenbesitzes verknüpften Systembrüche,<sup>5</sup> nicht zuletzt das in letzter Zeit wieder stark favorisierte Postulat, der Erwerber müsse den Rechtsschein kennen und durch ihn zum Geschäft motiviert worden sein,<sup>6</sup> werfen markante Schlaglichter, wie wenig die h. M. allgemein akzeptierte, auch nur konsensfähige Ansätze bietet.

Die vorliegende Schrift will den unverändert offenen Fragen nach Rechtfertigung und dogmatischen Grundlagen des redlichen Erwerbs nachgehen. Dabei soll insbesondere die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes einbezogen werden; auch hier ist die Diskussion mitnichten abgeschlossen.<sup>7</sup> Die Untersuchung beschränkt sich auf das geltende Recht. Vorschläge *de lege ferenda*, so interessant sie sein mögen,<sup>8</sup> haben derzeit wenig Aussicht, realisiert zu werden.

---

<sup>1</sup> Zur Terminologie: Der Ausdruck „redlicher Erwerb“ wird hier verwendet für den Erwerb vom Nichtberechtigten – ohne Rücksicht darauf, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche körperliche Gegenstände handelt.

<sup>2</sup> *Baur*, § 52 I 2.

<sup>3</sup> Vgl. vorläufig BGH NJW 1986, 1487 f.; genauer unten § 5 II.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Hübner*, Rechtsverlust S. 56 ff.; *Giehl*, AcP 161, 363 ff.; *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 13; zuletzt *Bauer*, *Festschrift für Bosch* S. 3 ff.; hierzu unten § 7 I–III.

<sup>5</sup> Zuletzt *Medicus*, *Festschrift für Hübner* S. 611 ff.; *Picker*, AcP 188, 511 ff.; genauer unten § 8 II.

<sup>6</sup> Zuletzt *Parodi*, AcP 185, 365 ff.; vgl. dazu unten § 11 I.

<sup>7</sup> Vgl. die Ansätze bei *Schulte*, *Dogmatik* S. 37; *Schwabe*, *Drittwirkung* S. 132; *Schulze-Osterloh*, *Eigentumsopferentschädigung* S. 30 ff.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *v. Lübtow*, *Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag* S. 208 ff.; *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 16 ff.

## § 1 Die Interessenabgrenzung zwischen Eigentümer und Erwerber

Normen des redlichen Erwerbs haben einen geradezu klassischen Fall des Konflikts im Dreiecksverhältnis zum Gegenstand. Sie regeln die Kollision der Interessen des Eigentümers und der des Erwerbers, und dies in mehrfacher Hinsicht.

### I. Beharrungs- gegen Erwerbsinteresse

Hauptaufgabe der §§ 892f., 932ff. BGB ist es, die dingliche Berechtigung zuzuordnen<sup>9</sup> und eventuelle Folgeansprüche zu statuieren. Dies zu entscheiden ist zwar nicht zwangsläufig mit einer Regelung des redlichen Erwerbs verknüpft. Beispiel ist das in anderen Ländern anerkannte Lösungsrecht des Eigentümers auch gegenüber dem redlichen Erwerber,<sup>10</sup> also seine Befugnis, die Sache gegen Erstattung des an den Verfügenden gezahlten Preises herauszuverlangen. Wer allerdings einen solchen Anspruch praeter legem einführen will,<sup>11</sup> beschreibt damit nicht den Stand des BGB.<sup>12</sup> Das gilt nicht minder für Versuche, die Vorschriften des redlichen Erwerbs ausschließlich auf ein Problem der Schadensverteilung zu reduzieren und daraus das Lösungsrecht zu konstruieren.<sup>13</sup> Man verkürzt damit nicht nur den Regelungsgehalt der Vorschriften des BGB, man vernachlässigt auch das Interesse des Erwerbers, das erworbene Gut behalten zu können.

### II. Das Risiko der Insolvenz des Verfügenden

Verfügungen Nichtberechtigter ziehen – abhängig von der Qualifizierung als unerlaubte Handlung oder lediglich als rechtswidriger, aber nicht schuldhafter Eingriff – Schadensersatz- bzw. Bereicherungsansprüche nach sich. Solange der Verfügende zahlungskräftig ist, bleibt die Zuweisung der Forderungen ohne nennenswertes Gewicht. Das ändert sich, wenn er in Konkurs fällt oder anderweit zahlungsunfähig wird. Die Normen des redlichen Erwerbs klären dann, zu wessen Lasten die Insolvenz geht.<sup>14</sup> Gerade bei Sicherungsrechten ist dieser Aspekt der eigentlich entschei-

<sup>9</sup> Hübner, Rechtsverlust S. 77; Westermann, § 45 I; Medicus, Festschrift für Hübner S. 618.

<sup>10</sup> Mit Unterschieden im einzelnen etwa Art. 934 Abs. 2 ZGB (Schweiz); Art. 1301 Código Civil (Portugal); vgl. dazu genauer die Darstellung bei Siehr, ZVerglRWiss 1980, 283ff.

<sup>11</sup> Brandt, Eigentumserwerb S. 261ff.; auf den Aspekt der Güterzuweisung wie der Schadenskompensation stellen dagegen in gleicher Weise ab Giehl, AcP 163, 358 und Rebe, AcP 173, 197ff.; nicht ganz klar ist dagegen der Standpunkt von Hübner, Rechtsverlust S. 97f.

<sup>12</sup> Vgl. nur Prot. III 368f. = 4029f. = Mugdan III 693; Schubert, Entstehungsgeschichte S. 167; Westermann, § 45 II 4; Westermann/Eickmann, § 101 I 1.

<sup>13</sup> Brandt, Eigentumserwerb S. 261ff.

<sup>14</sup> Medicus, Festschrift für Hübner S. 621. Insofern greift die These von Reuter/Martinek, § 10 II 2b = S. 404, die §§ 932ff., 816 BGB wollten im Gegensatz zu den §§ 946ff. BGB nur

dende, geht es doch dem Vorbehaltseigentümer wie dem Sicherungsnehmer weniger darum, die Sache benützen zu können, als um den damit verbundenen (dinglichen) Schutz seiner Forderungen gegenüber dem nichtberechtigten Verfügenden.

### III. Das Umlaufinteresse

Die §§ 892 f., 932 ff. BGB regeln schließlich das Interesse an der Umlauffähigkeit der Sache. Das ist nicht nur ein Anliegen der Allgemeinheit<sup>15</sup> bzw. des Erwerbers, sondern auch ein solches des Eigentümers. Nur weil er die Chance hat, den Gegenstand zu erwerben, selbst wenn der Verfügende nicht Eigentümer war, kann sich sein Vertragspartner ins einzelne gehende Nachforschungen ersparen, soweit keine besonderen Verdachtsmomente bestehen. Damit dient das Institut des redlichen Erwerbs nicht zuletzt dem Eigentümer. Seine Sache ist primär deswegen verkehrsfähig, weil die Rechtsordnung den Erwerber sogar dann schützt, wenn der Veräußerer nicht berechtigt war. Eine andere Regelung würde den Umlauf und damit letztlich auch den Belang des Eigentümers, über seine Sache möglichst ungehindert verfügen zu können, beeinträchtigen.<sup>16</sup>

## § 2 Abgrenzung der Themenstellung

### I. Die formale Grenzziehung zur Vertrauensentsprechung

#### 1. Die Unterschiede in der Zuordnung der Verfügung

Es mag naheliegen, ja fast zwingend erscheinen, den redlichen Erwerb als Konsequenz des Vertrauensgedankens zu begreifen und ihn dementsprechend in das Problemfeld der Vertrauenshaftung einzubauen.<sup>1</sup> Eine solche Sicht läuft indes nicht nur

---

einen Zweipersonenkonflikt regeln, zu kurz – schon deshalb, weil es wie dort um die Entscheidung geht, ob der (ehemalige) Eigentümer den neuen Berechtigten in Anspruch nehmen darf oder auf Rechte dem Verfügenden gegenüber beschränkt bleibt und so das Risiko von dessen Zahlungsunfähigkeit trägt.

<sup>15</sup> So zu einseitig MünchKomm/Quack, § 932, 1; Soergel/Mühl, § 932, 1; Baur, § 52 I 2; Wolff/Raiser, § 68 II 1; Heck, Sachenrecht § 58 I 1; Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 15.

<sup>16</sup> So schon Mot. III 344 = Mugdan III 191; vgl. ferner § 5 der Schles. Hypothekenordnung von 1750 zur Begründung der Präklusionswirkung des Aufgebots (dazu etwa Eßlinger, Erbschein S. 82); Heck, Sachenrecht § 29 Nr. 4b; AK/L. v. Schweinitz, §§ 892 f., 3; Lutter, AcP 164, 125; Reuter/Martinek, § 8 II 2 d = S. 347; v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer S. 148; v. Hoffmann, Grundstückskauf S. 36; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 12; Römer, Mobiliarerwerb S. 276 f. mwN.; Frisch, JherJb 82, 254; ähnlich MünchKomm/Wacke, § 892, 1; Baur, § 23 I 4 sieht dagegen die Funktion (zu eng) in der Verhinderung nur eines falschen Grundbuchstandes.

<sup>1</sup> Vgl. vorläufig z. B. Baur, § 52 I 2 a. E.; sowie mit weitreichenden Folgerungen Wiegand, JuS 1978, 148 ff.; Parodi, AcP 185, 366 f.

Gefahr, die Fragestellung zu verkürzen, sondern tendiert auch dazu, formelle und dem korrespondierend zugleich materielle Unterschiede vorschnell zu nivellieren.<sup>2</sup>

#### a) Die Person des Verfügenden

Das heißt indes nicht, daß Fälle des Rechtsverlustes generell nicht nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung – es sollte dann besser von Vertrauensentsprechung die Rede sein<sup>3</sup> – zu lösen sind.<sup>4</sup>

(1) Verfügt jemand, gedeckt durch eine Duldungsvollmacht, über eine dem (scheinbar) Vertretenen gehörende Sache, so begründet er zwar nicht dessen Haftung, bewirkt aber, daß das Eigentum übergeht.<sup>5</sup> Die Grundsätze, die das Handeln des scheinbar Bevollmächtigten dem vermeintlichen Vollmachtgeber zuordnen, gelten nicht nur für das obligatorische, sondern auch für das dingliche Geschäft.<sup>6</sup>

Unbestritten dürfte sein, daß die Regeln des Vertretungsrechts für die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB gelten.<sup>7</sup> Ersetzt die Scheinvollmacht die fehlende Vertretungsmacht,<sup>8</sup> so konsequenterweise nicht nur auf der Ebene des obligatorischen, sondern auch auf derjenigen des sachenrechtlichen Geschäfts.<sup>9</sup> Schwierigkeiten kann allenfalls die Konstruktion der Übergabe bereiten, insbesondere die Wirkung der Besitzaufgabe des scheinbar Bevollmächtigten für und gegen den Vertretenen. Unproblematisch ist sie in den Fällen der §§ 930f. BGB, soweit der Realakt durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung ersetzt wird. Schon das macht plausibel, daß generell analoge Zurechnungskriterien gelten. Die Duldungsvollmacht fordert weder eine abgesetzte Behandlung, noch legt sie diese auch nur nahe.<sup>10</sup>

Das Handeln des durch die Duldungsvollmacht Ausgewiesenen trifft also den scheinbaren Geschäftsherrn. Ihm gegenüber wirken die Rechtsfolgen der Willenserklärungen wie auch die der Übergabe; er wird behandelt, als sei er selbst tätig geworden. Es geht um die Übereignung vom Berechtigten; nur die fehlende Bevoll-

<sup>2</sup> Paradigmatisch ist etwa die Übertragung der Anforderung konkreten Vertrauens und der Kausalität dieses Vertrauens für den Erwerb bei *Wiegand*, JuS 1978, 148 ff. und *Parodi*, AcP 185, 366 f.; vgl. dazu etwa unten § 10 I, § 11 I.

<sup>3</sup> So etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 6, 521 ff.

<sup>4</sup> Anders differenzierend *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 3.

<sup>5</sup> Mit der h.M. wird die Duldungsvollmacht hier als Rechtsscheintatbestand und nicht als konkludente Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht verstanden. Darauf, die Frage zu vertiefen, wird hier verzichtet: Selbst wenn man der Mindermeinung folgt, so bleibt die analoge Problematik bei anderen Rechtsscheintatbeständen.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf NJW 1985, 2484; *Planck/Brodmann*, vor § 932, 2 d; *Stroh*, Erbrecht II S. 153 Fn. 6 h, der diese Gruppe jedoch irrtümlich dem redlichen Erwerb zuschlägt; *Hellwig*, Rechtskraft S. 100; *Frotz*, Festschrift für Kastner S. 138.

<sup>7</sup> Vgl. nur *Palandt/Bassenge*, § 929, 5 a aa; MünchKomm/Quack, § 929, 64; *Baur*, § 51 II 1.

<sup>8</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Thiele, § 167, 71.

<sup>9</sup> MünchKomm/Quack, § 929, 64 f. – Mehr diskutiert ist das Problem im Handelsrecht, etwa wenn nach § 56 HGB dem Geschäftsherrn das Handeln seines scheinbar bevollmächtigten Gehilfen zugerechnet wird; vgl. z. B. *Baur*, § 52 V 2 abb; *Westermann*, § 49 I 6.

<sup>10</sup> *Gierke/Sandrock*, Handelsrecht S. 379; *Hoffmann*, JuS 1970, 180 jeweils für den Fall des § 56 HGB.



mächtigung des Handelnden wird durch Rechtsscheingrundsätze überspielt. Der Übergang bestimmt sich nach den §§ 929–931 BGB.<sup>11</sup>

(2) Im Gegensatz zu den Fällen der Vertrauensentsprechung verfügt beim redlichen Erwerb ein Nichtberechtigter. Der Veräußerer, nicht der wahre Rechtsinhaber, ist Vertragspartner. Daß der Erwerber geschützt wird, ist nur möglich, wenn man eine Ausnahme von der Regel anerkennt, niemand könne mehr Rechte übertragen, als ihm selbst zustünden.<sup>12</sup>

Es war eine berühmte, indes überschätzte, da in ihren praktischen Auswirkungen weitgehend irrelevante Streitfrage, ob man es mit originärem<sup>13</sup> oder derivativem<sup>14</sup> Erwerb zu tun hat. Anhänger der Rechtsableitung sahen wiederum unterschiedlich den Verfügenden<sup>15</sup> oder den Eigentümer<sup>16</sup> als Rechtsvorgänger des Erwerbers an. Selbst diese verstanden das freilich nie als Zuordnung in dem Sinne, der Eigentümer sei zu behandeln, als habe er die Veräußerung selbst vorgenommen; stets betonte man, es liege ein Geschäft zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber vor.<sup>17</sup> Die Differenz zum Anwendungsfeld der Vertrauensentsprechung bleibt somit unabhängig von der Entscheidung dieses Streits gewahrt.

Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall stellen die Unterscheidung als solche nicht in Frage. Unberechtigt ist sicherlich die Befürchtung, der gutgläubige Erwerb gehe im Dickicht der Stellvertretungslehre verloren, da alle Fälle, in denen ein Nichtberechtigter verfüge, sich als Identitätstäuschung interpretieren und damit als Handeln unter fremden Namen den §§ 177ff. BGB bzw. den Grundsätzen der Scheinvollmacht zuschlagen ließen.<sup>18</sup> Immer wenn der Partner des Geschäfts als solcher bekannt ist, kann nur redlicher Erwerb thematisiert sein. Trotzdem verbleibende Zweifel sind nach den gängigen Kriterien zu lösen, die, je nach Fall, durchaus mit subtilen Überlegungen das Eigen- vom Fremdgeschäft absetzen.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> So im Ergebnis OLG Düsseldorf NJW 1985, 2484; vgl. auch RGZ 128, 276, 280.

<sup>12</sup> So z.B. v. Tuhr, II 1 S. 52.

<sup>13</sup> Enneccerus/Nipperdey, § 141 III mwN. in Fn. 11; Planck/Brodmann, § 932, 3; weitere Nachw. bei v. Tuhr, II 1 S. 52 Fn. 96; vgl. auch die detaillierte Darstellung bei Hübner, Rechtsverlust S. 45ff.

<sup>14</sup> MünchKomm/Quack, § 932, 71; AK/Reich, §§ 932f., 4; Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 932, 34; Westermann, § 45 IV 2; Wolff/Raiser, § 45 II 3 Fn. 38; ders., § 69 IV Fn. 28; v. Tuhr, II 1 S. 52ff.; vermittelnd Hübner, Rechtsverlust S. 51ff.; differenzierend Strohal, Erbrecht II S. 153 Fn. 6h, der zum derivativen Erwerb nur durch Scheinvollmacht gedeckte Verfügungen rechnet.

<sup>15</sup> MünchKomm/Quack, § 932, 71; Wolff/Raiser, § 45 II 3 Fn. 38; ders., § 69 IV Fn. 28.

<sup>16</sup> v. Tuhr, II 1 S. 55ff.; eine Doppelstellung vertreten Hellwig, Rechtskraft S. 103 und Süß, AcP 151, 13: Rechtsnachfolger von Eigentümer und von Verfügendem.

<sup>17</sup> v. Tuhr, II 1 S. 53; Hellwig, Rechtskraft S. 103.

<sup>18</sup> Giegerich, NJW 1986, 1975f.; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 974 Fn. 192; ders., Jura 1987, 515 Fn. 63.

<sup>19</sup> Vgl. statt aller die Darstellung bei MünchKomm/Thiele, § 164, 37ff.: Die Einwände von Giegerich, NJW 1986, 1975f. und Mittenzwei, NJW 1986, 2473f., das OLG Düsseldorf NJW 1985, 2484f. habe die rechte Trennungslinie verfehlt, mögen daher zutreffen, ohne daß sie die Notwendigkeit der Abgrenzung in Zweifel ziehen könnten.

(3) Die bis in die Motive zurückverfolgbare<sup>20</sup> Unterscheidung hat ihr Gewicht: So reicht es – im Gegensatz zu § 933 BGB – im Anwendungsfeld der Vertrauensentsprechung aus, wenn der Erwerber lediglich mittelbarer Besitzer wird. Den Unterschied in der Zuordnung des Handelns eines Vertreters erkennt auch, wer glaubt, Geschäfte eines tatsächlich oder scheinbar bevollmächtigten Angestellten im Namen des Prinzipals könnten auf das Problem des § 935 BGB hinauslaufen.<sup>21</sup> Der Topos „Vertretungsmacht überwindet Abhandenkommen“<sup>22</sup> führt in diesem Zusammenhang<sup>23</sup> lediglich in die Irre.<sup>24</sup> Man beachte nur den Wortlaut: Es muß sich um eine Veräußerung nach §§ 932–934 BGB handeln, während bei wirksamer Vertretung die Verfügung den §§ 929–931 BGB unterworfen ist.

Der Sinn der Abgrenzung wird schließlich deutlich in Fällen der – ansonsten hier nicht behandelten – Verfügungen über Forderungen. Von wenigen Ausnahmen abgesehen – man denke an eine auf § 2366 BGB gestützte Zession –, scheidet redlicher Erwerb aus – was gerade nicht heißt, daß dies auch in Fällen der Vertrauensentsprechung so ist. Schon deswegen vermengt nicht Zusammengehöriges, wer den Übergang kraft guten Glaubens an die Vertretungsmacht in den redlichen Erwerb eingliedert.<sup>25</sup>

Damit ist nicht gesagt, daß es nicht gemeinsame Prinzipien geben mag.<sup>26</sup> Sie zu entwickeln und zu beschreiben, anstatt bloß zu postulieren, ist nur möglich, wenn man nicht vorschnell die Unterscheidung in der Zuordnung unterschlägt. Allzu leicht rekurriert man sonst auf vermeintliche Grundsätze, die keine Rücksicht auf Divergenzen zwischen den zugrunde liegenden Konzeptionen nehmen.

<sup>20</sup> Mot. III 213 = Mugdan III 118: „Wer die Erwerbung eines eingetragenen Rechts von einer Person herleitet, die fälschlich unter dem Namen des Berechtigten verfügt hat, kann zum Schutze dieser Verfügung nicht auf das Grundbuch sich stützen. Denn nicht sein Vertrauen auf den Inhalt des Buches, sondern das Vertrauen in die Person seines Rechtsurhebers hat ihn getäuscht.“

<sup>21</sup> Westermann, § 49 I 6; Schlegelberger/Hefermehl, § 366, 6; wohl auch Hoche, JuS 1961, 75; nicht ganz eindeutig Baur, § 52 V 2 abb; Canaris, Vertrauenshaftung S. 457 Fn. 20. Schief ist daher BGHZ 57, 166, 169, der bei Verfügungen von Geschäftsführern im Namen einer GmbH über eine Sache, die dieser gehört, § 935 BGB prüft; richtig dagegen Flume, I 1 § 6 III = S. 82 f.; Flick, Besitz S. 126.

<sup>22</sup> So Westermann, § 49 I 6; Schlegelberger/Hefermehl, § 366, 5; im Ergebnis auch Palandt/Bassenge, § 935, 3a.

<sup>23</sup> Anders bei Verfügungen im eigenen Namen; vgl. dazu unten § 9 II 3 b.

<sup>24</sup> So im Ergebnis auch Hoffmann, JuS 1970, 180. – Irreführend ist die Ausführung insbesondere auch, wenn der Geschäftsherr die Sache gestohlen haben sollte; die Vollmacht seines Angestellten hilft dann nichts.

<sup>25</sup> So aber Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 166 ff.; vgl. auch die Kritik von Schubert, JR 1986, 438. Völlig unverständlich wird die von Tiedtke vollzogene Einordnung, wenn er im Rahmen der Anscheinsvollmacht davon spricht, der Vertretene habe den Vertrag zu erfüllen bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (S. 173); ebenso hafte der Bürge, der ein Blankett übergeben habe, das später abredewidrig ausgefüllt worden sei, dem gutgläubigen Erwerber (?) gegenüber (S. 178). Das sind alles Fälle der Begründung einer Haftung, nicht des Verlusts der Rechtsinhaberschaft, was Tiedtke, aaO. S. 2 zunächst auch richtig sieht.

<sup>26</sup> Vgl. zu dieser Frage unten § 7 I.

## b) Die Einordnung handelsrechtlicher Scheintatbestände

Das formale Differenzierungskriterium ist damit vorgezeichnet. Fälle, in denen das Verhalten Dritter dem wirklich Berechtigten zuzuordnen sind, gehören zur Vertrauensentsprechung, nicht jedoch zum redlichen Erwerb. Hierher zählen nicht nur die schon erwähnte Duldungsvollmacht, sondern insbesondere auch handelsrechtliche Rechtsscheintatbestände, etwa diejenigen des § 15 HGB.

Wer den Umständen nach im Namen des Unternehmens tätig wird – und nur dann kann es zur Anwendung des § 15 HGB kommen –, verpflichtet den Unternehmensträger,<sup>27</sup> und zwar nicht nur, wenn die Vollmacht tatsächlich erteilt war,<sup>28</sup> sondern auch, wenn der Schutz des Gegners aus Rechtsscheingrundsätzen folgt: § 15 HGB ersetzt die fehlende Bevollmächtigung.<sup>29</sup>

## 2. Der Einwendungsverlust

Nicht alle abgrenzungsbedürftigen Konstellationen sind damit erfaßt. Insbesondere beim Verlust von Einwendungen bzw. Einreden kommt es zu Überschneidungen, wie etwa § 1157 S. 2 BGB zeigt. Hier beweist das Kriterium der Haftung im Gegensatz zu demjenigen des Rechtsverlusts<sup>30</sup> seine Prägnanz. Das rechtfertigt es etwa, den Blankettmißbrauch, aber auch die Einwendungslehre im Wechsel- und Scheckrecht bei der Vertrauenshaftung anzusiedeln.<sup>31</sup>

Gesondert ist § 1157 S. 2 BGB zu betrachten. Vordergründig ein Fall der Haftungserweiterung, gehört er gleichwohl zum Problembereich des redlichen Erwerbs. Der Einwendungsausschluß führt ausnahmsweise nicht zu einer persönlichen Verpflichtung; nur das Grundstück als solches steht dem Zugriff des Gläubigers zur Befriedigung der dinglichen Haftung<sup>32</sup> offen. Der Eigentümer verliert (partiell) seine dingliche Stellung – ein Fall des Rechtsverlusts, nicht der Begründung einer Verbindlichkeit. Die Lösung ist durchaus sachlich gerechtfertigt. Es ist nur eine konstruktiv bedingte Eigenheit, daß Einreden nicht zum Übergang der Grundsuld als solcher führen, wie das etwa § 1163 Abs. 1 BGB im

<sup>27</sup> Ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. RGZ 30, 77, 78; 67, 148, 149; 95, 188, 190; BGHZ 62, 216, 221; 64, 11, 15; 91, 148, 153; 92, 259, 268; BGH NJW 1984, 1347, 1348; WM 1985, 751; ferner z.B. OLG Stuttgart NJW 1973, 629, 630; a. A. nur OLG Bremen NJW 1970, 1277, 1278 mit ablehnender Anm. von E. Lorenz, NJW 1970, 1277f. Die Literatur pflichtet überwiegend der herrschenden Rechtsprechung bei; vgl. statt aller MünchKomm/Thiele, § 164, 19 mwN.

<sup>28</sup> So die Lage bei den in Fn. 27 zitierten Entscheidungen; im Fall OLG Stuttgart NJW 1973, 629, 630 hatte der Betriebsinhaber die vollmachtlose Vertretung nachträglich genehmigt.

<sup>29</sup> Allgemeine Ansicht; vgl. nur Capelle/Canaris, § 513b; der Dritte hat allerdings das Wahlrecht, ob er sich auf § 15 HGB stützen will oder nicht.

<sup>30</sup> Canaris, Vertrauenshaftung S. 3, 71.

<sup>31</sup> Vgl. z.B. Canaris, Vertrauenshaftung S. 54ff., 237ff.

<sup>32</sup> Die Theorie der dinglichen Haftung ist heute ganz herrschend; vgl. etwa Baur, § 36 II 2 acc; Westermann, § 94 II 3 mwN. (anders nunmehr Westermann/Eickmann, § 100, 2); Wolff/Raiser, § 131 IV; Eichler, I S. 22.

Parallelfall der Hypothek vorsieht; wertungsmäßig ergibt sich daraus kein Unterschied.<sup>33</sup>

### 3. Die Einordnung des § 366 HGB

Enge Berührung zeigen der redliche Erwerb nach § 366 HGB und der Rechtsverlust aufgrund einer Scheinermächtigung. Beide Institute führen dazu, daß der bisher Berechtigte sein Eigentum einbüßt, und scheinen so die Brücke zwischen der Vertrauensentsprechung und dem redlichen Erwerb zu schlagen.

Danach abzugrenzen, wem das Geschäft zuzuordnen sei, bürgt bei der Scheinermächtigung für eine erheblich geringere Trennschärfe als in sonstigen Fällen. Immerhin ist Partei der Verfügung der Veräußerer;<sup>34</sup> sein Handeln trifft jedoch den wahren Eigentümer.<sup>35</sup>

Die Notwendigkeit der Abgrenzung bleibt. Nicht nur, weil die Voraussetzungen differieren, sondern auch, weil die Scheinermächtigung ein weiteres Feld abdeckt – man denke an die Zession von Forderungen durch einen Nichtberechtigten im eigenen Namen. Die Unterscheidung kann nur von der Tatbestandsseite her gelingen. Redlicher Erwerb hängt vom Besitz – oder, wie sich zeigen wird: von der Besitzverschaffungsmacht – ab, ohne daß damit auch schon die strengerer Anforderungen einer Scheinermächtigung erfüllt zu sein brauchten. Sie fordert andere Anhaltspunkte; es muß eine wie auch immer geartete Vertrauensbeziehung zwischen Eigentümer und Erwerber selbst vorliegen: sei es, daß jener entsprechende Verfügungen geduldet, sei es, daß er unwirksame Ermächtigungen erteilt hat.<sup>36</sup> Diese engere Verknüpfung legitimiert im Ergebnis die weiterreichenden Rechtsfolgen ebenso wie Unterschiede in der Problematik der Zurechnung.

## II. Die Grenzziehung zum absoluten Verkehrsschutz

Absoluter Verkehrsschutz ist definitionsgemäß unabhängig von der Redlichkeit des Erwerbers. Das mag unterschiedliche Gründe haben; § 5 HGB soll Abgrenzungsschwierigkeiten ersparen,<sup>37</sup> § 950 BGB wirtschaftspolitischen Erwägungen Rechnung tragen.<sup>38</sup> Mit dem hier abzuhandelnden Thema haben diese Fälle nichts zu tun: Nach den §§ 892 f., 932 ff. BGB wird der Erwerber nicht privilegiert, wenn er die fehlende Berechtigung seines Partners kennt bzw. sie ihm aus grober Fahrlässigkeit entgangen war.

---

<sup>33</sup> Vgl. *Wilhelm* JZ 1980, 631 Fn. 65: es geht der Sache nach um die Verfügungsbefugnis des bisherigen Grundschuldinhabers. Daß nach *Wilhelm* der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis mangels eines Rechtsscheinträgers nicht geschützt wird, spielt im hier interessierenden Zusammenhang keine Rolle.

<sup>34</sup> *Thiele*, Zustimmung S. 151; *Dölle*, Festschrift für F. Schulz II S. 269 f.; entgegen *Dölle*, S. 269 Fn. 1 widerspricht dem auch nicht *v. Tuhr*, II 1 S. 375.

<sup>35</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 72.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu die Beispiele bei *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 72.

<sup>37</sup> Vgl. etwa *GroßKomm/Brüggemann*<sup>4</sup>, § 5, 1; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 2 mit Fn. 3.

<sup>38</sup> Vgl. etwa BGHZ 56, 88, 90.

## 2. Kapitel

### Die gesetzliche Regelung des redlichen Erwerbs als Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie?

Daß über die verfassungsrechtliche Einordnung des redlichen Erwerbs auch nur annähernd Konsens erzielt sei, läßt sich nicht behaupten. Dies liegt nicht zuletzt daran, daß schon der Fragestellung als solcher meist nur sporadisch – und oft recht apodiktisch – nachgegangen wird.<sup>1</sup> Dementsprechend pauschal fallen denn auch die Stellungnahmen aus. Das Spektrum reicht von „Enteignung“,<sup>2</sup> „Durchbrechung des durch die Verfassung garantierten Bestandsschutzes“,<sup>3</sup> „(privatrechtlicher) Expropriation“<sup>4</sup> über „Sozialbindung“<sup>5</sup> bis hin zur „Inhalts- und Schrankenbestimmung“.<sup>6</sup> Es sei Sache des Privatrechts, zu entscheiden, ob und unter welchen Umständen der Eigentümer sein Recht verliere.<sup>7</sup> Der Kreis schließt sich mit der „durch Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gedeckten Legalenteignung“.<sup>8</sup> Aber auch soweit die Frage detaillierter thematisiert wird, ist man von einer Einigung weit entfernt.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Soweit ersichtlich, wird in den gängigen Kommentaren zum Grundgesetz das Problem nicht thematisiert. Stellungnahmen finden sich ausschließlich in Spezialerörterungen sowie im bürgerlich-rechtlichen Schrifttum, vgl. die folgenden Fußnoten.

<sup>2</sup> *Medicus*, Festschrift für Hübner, S. 612; *Reuter/Martinek*, § 81 = S. 285; § 12 II 4 = S. 459 f., die als Konsequenz „Entschädigung“ fordern; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 44 Fn. 107; v. *Hoffmann*, Grundstückskauf S. 37; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 58; *Gerhardt*, Mobiliarsachenrecht § 12, 1 = S. 92: praktisch eine Enteignung; *Reichel*, Grünhut 42, 177 („Entgüterung“), 180; *Müller-Freienfels*, AcP 156, 533; *Ostendorf*, NJW 1974, 220; *Gernhuber*, JZ 1956, 544; *Picker*, NJW 1974, 1791; *ders.*, NJW 1978, 1417; *ders.*, AcP 188, 513, 521, 522, 543, 549; *Gursky*, JZ 1984, 612 („Entrechtung“); *M. Reinicke*, AcP 189, 87; ähnlich *Canaris*, AcP 184, 220 Fn. 69 a („enteignungsverdächtig“); ebenso *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 155 für die §§ 946 ff. BGB; als Problem aufgeworfen, jedoch nicht entschieden von *Baur*, § 52 I 2. Die Literaturstellen erschöpfen sich regelmäßig in einem obiter dictum.

<sup>3</sup> *Hübner*, AT Rdn. 237; ähnlich schon die Rechtsprechung des RG: Der öffentliche Glaube greife rechtsvernichtend in die wahre Rechtslage ein; vgl. etwa RGZ 129, 119, 121; 123, 52, 56; ferner *Fritsch*, JherJb 82, 254, der Art. 153 WV nennt, das Problem indes nicht weiter vertieft.

<sup>4</sup> So etwa *Hübner*, Rechtsverlust S. 13 Fn. 7 (der Skepsis an der Verfassungsmäßigkeit des § 932 BGB äußert); *ders.*, Ann. Univ. Sarav. 1960, 104; *Lutter*, AcP 164, 125; ebenso für die Parallelproblematik bei nachbarrechtlichen Kollisionsregeln *Liver*, Festschrift für Gutzwiller S. 753; *Kleindienst*, Immissionsschutz S. 45.

<sup>5</sup> So etwa *MünchKomm/Quack*, § 932, 2 unter unrichtiger Berufung auf BVerfGE 58, 300 ff.; *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 15; *Bokelmann*, Grobe Fahrlässigkeit S. 43.

<sup>6</sup> So wohl *Krause*, JZ 1984, 715 mit Fn. 205.

<sup>7</sup> *Raiser*, 46. Deutscher Juristentag I B 26; diese Meinung hängt mit dem Postulat zusammen, das Privatrecht konstituiere den Schutzzumfang des Eigentums; vgl. hierzu genauer § 3 II 2.

<sup>8</sup> So etwa *AK/Reich*, §§ 932 f., 1; *Knöpfle*, JuS 1981, 166 spricht vom Verlust des Eigentums, ohne dies dogmatisch zu verankern.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. *Breuer*, Bodennutzung S. 293 f.; *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädi-

### § 3 Die („Dritt-“)Wirkung der Grundrechte, insbesondere des Art. 14 GG, für bürgerlich-rechtliche Gesetze

#### I. Einordnung und Relevanz der Fragestellung

##### 1. Die Drittwirkung der Grundrechte als Voraussetzung der Kontrolle der §§ 892f., 932ff. BGB an Art. 14 GG

Grundvoraussetzung, die §§ 892f., 932ff. BGB anhand des Art. 14 GG kontrollieren zu können, ist die Bindung des Zivilgesetzgebers an die Grundrechte. Nur wenn sie zu bejahen ist, ergibt die Frage, ob die Regelung des redlichen Erwerbs der Eigentumsgarantie standhält, Sinn, während eine wie auch immer begründete Verringerung der Prüfungsintensität unmittelbare Folgen hätte.<sup>10</sup> Im Extremfall bliebe nur der Rekurs auf allgemeine, letztendlich wenig griffige Instrumente, etwa das allgemeine Willkürverbot oder die Achtung der Menschenwürde als Auffangtatbestände.

##### 2. Grundrechtsbindung kontra Drittwirkung?

Indes beginnt die Kontroverse um die Wirkung der Grundrechte für Normen des bürgerlichen Rechts unter merkwürdigen Vorzeichen: Nimmt doch ein Teil der Literatur an, hier gehe es von vornherein nicht um Drittwirkung, sondern um eine völlig unstrittige Grundrechtsbindung – mit der Folge, daß die gesamte Auseinandersetzung ausgeklammert bleiben könne<sup>11</sup> –, während die h. M. die Frage gerade an diesem Punkt festmachen will.<sup>12</sup> So sehr der These der unmittelbaren Geltung der Grundrechte gegenüber dem Privatrechtsgesetzgeber im Ergebnis zu folgen ist, mit solch terminologischen Abgrenzungen läßt sich dem Problem nicht beikommen. Einerlei, ob man von Drittwirkung oder von Bindung spricht, es bleibt die Frage, ob und inwieweit aus der Tatsache, daß bürgerlich-rechtliche Gesetze primär den Interessenausgleich zwischen prinzipiell gleichgestellten Privatrechtssubjekten intendieren, Besonderheiten folgen, was Art und Umfang der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers angeht.

---

gung S. 92f.; *Schwabe*, Drittwirkung S. 118ff.; *ders.*, JZ 1983, 275; *Schulte*, Dogmatik S. 37; vgl. hierzu genauer die Darstellung unten § 4 II 3; vgl. ferner die Fragestellung bei *Schick*, BayVBl 1962, 348f.; *Canaris*, AcP 184, 220 Fn. 69a.

<sup>10</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 75.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Schumann*, Verfassungsbeschwerde S. 216 Fn. 18, S. 217 Fn. 20; *Vogt*, Drittwirkung S. 146f.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Dürig*, in *Maunz/Dürig* Art. 3 I, 513; *Hesse*, Rdn. 355; *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 158; *Larenz*, AT § 4 III. – Überblick über die Frage bei *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 75ff.; *Schwabe*, Drittwirkung S. 88ff. jeweils mit umfangreichen Nachw.

## II. Sonderregeln der Eigentumsgewährleistung?

### 1. Bindung nur der öffentlichen Gewalt?

Alleiniger Adressat des Art. 14 GG ist – so sieht es die ganz h. M. – der Staat. Der Schluß, eine Drittwirkungsproblematik im eigentlichen Sinn stelle sich daher von vornherein nicht,<sup>13</sup> bedarf, will man nicht Mißverständnissen Vorschub leisten, zumindest der Erläuterung. Es wäre etwa verfehlt, Art. 14 GG bei der Konkretisierung von Generalklauseln prinzipiell auszublenden. Das Recht des beteiligten Eigentümers ist zweifellos in die Abwägung mit einzubeziehen, etwa soweit es im Spannungsverhältnis mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung des Mieters steht.<sup>14</sup> Doch nicht nur das: Selbst wenn man glaubt, das Problem der Drittwirkung sei ohne Relevanz, weil das Eigentum durch zivilrechtliche Schutznormen und strafrechtliche Sanktionen abgesichert sei,<sup>15</sup> so ist es keineswegs naheliegend, geschweige denn zwingend, das Schutzinstrumentarium als solches ohne weiteres aus der Überprüfung anhand des Verfassungsrechts herauszunehmen.<sup>16</sup>

### 2. Festlegung des Inhalts des Eigentums durch das bürgerliche Recht?

Die geringe Aufmerksamkeit, die man der Frage widmet, und die die etwas verschwommene Stellungnahme der Literatur zur Einordnung der §§ 892f., 932ff. BGB erklären mag, dürfte nicht zufällig sein. Lange Zeit galt es ja als gesicherte Erkenntnis des Verfassungsrechts, Art. 14 GG schütze Eigentum und Erbrecht so, wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt hätten.<sup>17</sup> Jedenfalls bei vorkonstitutionellem Recht müßte man sich mit dem darin

<sup>13</sup> *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 205; v. Münch/Bryde, Art. 14, 40; BK/Kimminich, Art. 14, 87 mwN. zu älterer Kommentarliteratur; v. Mangoldt/Klein<sup>2</sup>, Art. 14 II 11; Nipperdey, in Bettermann/Nipperdey IV 2 S. 752; Leisner, Grundrechte S. 245; Dürig, ZStW 109 (1953), 339; Böhm, NJW 1988, 2573; anders Schick, BayVBl 1962, 349 unter Berufung auf BVerfGE 14, 302, 323; Schwabe, Drittwirkung S. 131 ff.

<sup>14</sup> BVerfGE 7, 230, 233 ff.; BayObLG WuM 1983, 129, 130; 1984, 12, 13; ebenso v. Münch/Bryde, Art. 14, 40; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 206, der sich hierbei auch auf BVerfGE 25, 256, 263 ff. – *Blinkfüer* – beruft; AK/Rittstieg, Art. 14/15, 132; Gallwas, Grundrechte S. 109. – Gleiches gilt im übrigen auch für die Präzisierung von Generalklauseln anhand des Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG. Es dürfte kaum sinnvoll sein, entgegen der sonstigen durchgängigen Regel den Auftrag zur Konkretisierung beim Gesetzgeber zu monopolisieren; wie hier etwa BVerfG WM 1989, 341, 343; Nüßgens/Boujong, Rdn. 141; v. Brünneck, Eigentum S. 393 ff.; Kimminich, NuR 1985, 5 ff.; a. A. Götz, VVDStRL 41, 31 ff.

<sup>15</sup> BK/Kimminich, Art. 14, 87; v. Münch/Bryde, Art. 14, 40; ebenso Maunz/Zippelius, § 24 V 2 für Art. 13 GG; gerade dort aber genügt der bloße Erlaß von Gesetzen keineswegs, um schon die Übereinstimmung dieser Gesetze mit den Grundrechten darzutun.

<sup>16</sup> Vgl. genauer § 3 II 3.

<sup>17</sup> Vgl. statt vieler BVerfGE 1, 264, 278; 2, 380, 402; 11, 64, 70; 28, 119, 142; 65, 196, 209; ähnlich 67, 329, 342: die vom Verfassungsgeber in den §§ 2325 – 2329 BGB vorgefundene

beschriebenen Eigentumsinhalt abfinden. Auch die Schranken für den nachkonstitutionellen Gesetzgeber wären dann nicht oder nicht primär durch einen verfassungsrechtlich vorgeprägten Begriff des Eigentums gezogen.

a) Die Integration des einfachen Rechts in die Verfassung

Ein solcher Ansatz bringt in doppelter Hinsicht Probleme mit sich. Zum einen entpuppt es sich als wenig hilfreich, den durch das bürgerliche Recht festgelegten Eigentumsinhalt unbesehen als grundrechtlich geschützt ins Verfassungsrecht zu transponieren. Konsequenz zu Ende gedacht käme man so zur „Drittwirkung der Privatrechte“ im Verfassungsrecht:<sup>18</sup> Die Normen des BGB konstituierten den dann in seinen Details unabänderlich festgezurrten Inhalt des verfassungsrechtlich garantierten Eigentums.

Daß das nicht richtig sein kann, wurde auch alsbald erkannt,<sup>19</sup> freilich als offenes Problem lediglich der weiteren Diskussion überlassen, wobei als Richtschnur der Entwicklung die Lehre von den „wohlerworbenen Rechten“ dienen sollte.<sup>20</sup>

Doch hat die Debatte, solange sie auf der Prämisse verharrete, das bürgerliche Recht forme das vom Grundgesetz gewährleistete Eigentum, ebenso wenig überzeugende Ergebnisse gebracht wie abweichende, die These gleichwohl akzeptierende Anregungen: Wenig gewonnen ist namentlich mit der kürzlich vorgeschlagenen Konstruktion, die privatrechtliche Rechtsposition entfalte Tatbestandswirkung für Art. 14 GG; sie begründe einen Abwehranspruch, soweit nicht eine verwaltungsrechtliche eigentumsprägende Modifizierung vorliege.<sup>21</sup> Die entscheidende Frage, unter welchen Umständen der privat-, aber auch der öffentlich-rechtliche Gesetzgeber Modifikationen anordnen darf – und insbesondere, wie sich das mit dem doch angeblich verfassungsrechtlich geschützten bisherigen Eigentumsinhalt verträgt –, wird dabei gerade nicht thematisiert. So ist es eben nicht selbstverständlich, daß etwa die Ablösung privatrechtlicher Schadensersatzansprüche durch ein privat- oder öffentlich-rechtliches Gesetz Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG standhält.<sup>22</sup> Überhöht man

---

Rechtslage bestimme Inhalt und Schranken des Erbrechts; v. *Mangoldt/Klein*<sup>3</sup>, Art. 14 II 11; *Baur*, § 24 I 4 aa; *Raiser*, 46. Deutscher Juristentag I B 26; *Maunz*, BayVBl 1981, 321; *Ramsauer*, Beeinträchtigung S. 144; *Hübner*, Ann. Univ. Sarav. 1960, 89; *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht § 25 Rdn. 33; wohl auch *Hoffmann*, NJW 1985, 245 (das Eigentum der §§ 903 ff. BGB bringe die Eigentumsgewährleistung des Grundgesetzes zur Geltung bzw. konstituiere sie geradezu); *Mayer-Maly*, Festschrift für Hübner S. 157 ff. plädiert dafür, den verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums wiederum dem zivilrechtlichen anzunähern; nicht widerspruchsfrei *Wendt*, Eigentum S. 62 ff., 135 einerseits, S. 74 andererseits; vgl. auch die Darstellung bei *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 35; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 11; *Krause*, JZ 1984, 714.

<sup>18</sup> *Rupp*, Grundfragen S. 238; *Wendt*, Eigentum S. 135; *Degenhart*, BayVBl 1984, 66; ähnlich *Böhmer*, NJW 1988, 2571 f.

<sup>19</sup> *Rupp*, Grundfragen S. 239 ff.; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 659; *Bryde*, Verfassungsentwicklung S. 275.

<sup>20</sup> *Rupp*, Grundfragen S. 243.

<sup>21</sup> *Wendt*, Eigentum S. 135; *Ramsauer*, Beeinträchtigung S. 146 f.

<sup>22</sup> BVerfGE 42, 263, 293 ff.



nämlich den Status vor Erlass des Gesetzes als in allen Einzelheiten verfassungsrechtlich garantiert, so wäre eine solche Umgestaltung gerade nicht möglich.

b) Die Notwendigkeit eines originär verfassungsrechtlichen Begriffs des Eigentums

Umgekehrt kommt man spätestens dann, wenn es um Einschränkungen des bisher einfachrechtlich festgeschriebenen – und damit angeblich verfassungsrechtlich garantierten – Eigentumsinhalts geht, um die Definition des unantastbaren Bereichs nicht herum. Hier reicht ein bloßer Hinweis auf die bisherige Ausgestaltung durch das bürgerliche Recht bzw. die Modifizierung durch öffentlich-rechtliche Normen gerade nicht aus.<sup>23</sup> So setzte sich denn auch bald die Einsicht durch, daß die Regelungsbefugnis auch auf diesem Gebiet nicht unbegrenzt sein kann.<sup>24</sup> Vorschriften des bürgerlichen Rechts können eben dazu führen, daß die grundsätzlich gebotene Privatnützigkeit des Eigentums nicht mehr gewährleistet ist; das hat der „Kleingartenbeschuß“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>25</sup> deutlich gezeigt. Mag das Argument, das gewachsene bürgerliche Recht konstituiere den Eigentumsinhalt, insoweit noch gewisses Gewicht haben, als eine überkommene Nutzungsmöglichkeit Schutz genießen kann, so gilt das umgekehrt jedenfalls nicht: Ein Eingriff in den unmittelbaren Kern der Gewährleistung ist nicht durch den Verweis allein auf die Tradition gerechtfertigt.

Dispensiert man die privatrechtlichen Gesetze als das Eigentum erst prägende Normen von der Kontrolle anhand des Grundgesetzes, so erlaubt man dem Gesetzgeber, durch Wahl der Regelungstechnik verfassungsrechtlich anfechtbare Normen der Verwerfung zu entziehen. Wären etwa die Voraussetzungen einer Enteignung zugunsten eines Privaten mangels hinreichender Gründe des Gemeinwohls nicht erfüllt, so könnte der Normgeber ins Privatrecht ausweichen und dem Begünstigten das Eigentum auf dieser Ebene zuweisen.<sup>26</sup> Die Überprüfung durch die Verfassung und ihre Intensität kann indes prinzipiell nicht davon abhängen, ob die Kündigung eines Miet- bzw. Pachtvertrages von einer Behörde zu genehmigen ist und diese sich

<sup>23</sup> Dieses Problem wird bei der Definition des geschützten Bereichs von *Wendt*, Eigentum S. 135 nicht näher behandelt. Unklar bleibt speziell, wie sich die Modifikation durch verwaltungsrechtliche Gesetze, die den „Respektierungs- und Abwendungsanspruch“ bestimmen soll (S. 135), damit verträgt, daß der Gesetzgeber zunächst den Inhalt, dann die Schranken festlegt (S. 151 ff.), was wiederum die Heranziehung der Wertung des Art. 14 Abs. 2 GG erfordert (S. 299 ff., 306 ff.). Man kann nicht einerseits die schrankenziehenden Gesetze von den inhaltsbestimmenden trennen, andererseits öffentlich-rechtliche Normen auch dann zu den inhaltsprägenden rechnen, wenn sie Einschränkungen enthalten.

<sup>24</sup> BVerfGE 14, 263, 277 f.; 18, 121, 132; 20, 351, 355 ff.; 21, 73, 82; 24, 367, 389; 25, 112, 118; 31, 229, 240; 34, 139, 146; 37, 132, 142; 38, 175, 181; 42, 263, 305; 50, 290, 340; 52, 1, 27; 58, 137, 148; 58, 300, 335; 67, 329, 340; 68, 361, 368; 72, 66, 78; 72, 175, 193; 74, 264, 281, 283; 77, 263, 270 f.; BVerfG WM 1989, 341, 344; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 38; BK/*Kimmich*, Art. 14, 98 f. mwN.; *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 264; *Alexy*, Theorie S. 304 f.; *Meyer-Abich*, Eigentum S. 23; *Badura*, AÖR 98, 154 ff.

<sup>25</sup> BVerfGE 52, 1, 30 ff.

<sup>26</sup> Vgl. die Kritik von *Schwabe*, Drittwirkung S. 130 ff.; weitere Nachw. unten § 4 Fn. 109.

an einen Katalog von Versagungsgründen halten muß, oder ob schon das Gesetz die Nichtigkeit der Kündigung bestimmt, soweit dieselben Gründe vorliegen, bzw. dem Mieter in solchen Fällen ein Widerspruchsrecht zuerkennt.<sup>27</sup> Kann sich die Verwaltung nicht der Grundrechtsbindung durch eine privatrechtliche Handlungsform entziehen, so ist auch dem Gesetzgeber eine solche „Flucht ins Privatrecht“ verwehrt.

Es besteht demgemäß heute weitgehend Einigkeit darüber, daß der Begriff des Eigentums aus der Verfassung selbst gewonnen werden muß. Normen, die im Rang unter dem Grundgesetz stehen, taugen dafür prinzipiell nicht; aus der privatrechtlichen Rechtsstellung kann nicht der Umfang der Gewährleistung des konkreten Eigentums herausgefiltert werden.<sup>28</sup>

Dem liegt kein Zirkelschluß zugrunde,<sup>29</sup> mag das Bundesverfassungsgericht auch etwas mißverständlich davon sprechen, die konkreten Befugnisse des Eigentümers ergäben sich aus der Zusammenschau aller zu diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden Vorschriften.<sup>30</sup> Die Verfassungsgarantie schrumpft nicht auf eine Gewährleistung im Rahmen der Gesetze. Zwar geht Art. 14 GG nicht von einem absoluten Begriff des Eigentums aus,<sup>31</sup> dieses bleibt also grundsätzlich auf die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angewiesen.<sup>32</sup> Bei dieser Aufgabe ist er indes nicht von allen Beschränkungen freigestellt. Zunächst ist zu ermitteln, welche vermögenswerten Rechtspositionen der Garantie zugeordnet werden können.<sup>33</sup> Das

<sup>27</sup> Vgl. einerseits die Kleingartenentscheidung (BVerfGE 52, 1, 7ff., 32ff.) – dort war ein gesetzliches Verbot der Kündigung mit präventiver Kontrolle durch die Verwaltung vorgesehen –, auf der anderen Seite das Verbot der Kündigung zum Zwecke der Mietzinserhöhung, gekoppelt mit dem Anspruch des Vermieters auf ortsübliche Miete (BVerfGE 53, 352, 357). Die Überprüfungsdichte ist nicht abhängig von der technischen Ausgestaltung der Norm; das Bundesverfassungsgericht hat denn insoweit auch keine Unterschiede gemacht.

<sup>28</sup> BVerfGE 58, 300, 335; v. Münch/Bryde, Art. 14, 11; Badura, Handbuch des Verfassungsrechts S. 659; Böhmer, AgrarR 1984 Beil. I, 14; Hendler, DVBl 1983, 876; Knauber, NVwZ 1984, 754; Krause, JZ 1984, 714; Dörr, NJW 1988, 1050; a. A. Ramsauer, Beeinträchtigung S. 145; Rupp, Grundfragen S. 231 ff.; widersprüchlich Nüßgens/Boujong, Rdn. 24ff. einerseits, Rdn. 28 andererseits.

<sup>29</sup> So aber Baur, § 24 I 4 aa, 5 (1); ders., NJW 1982, 1735; Weitnauer, DNotZ 1986, 313; kritisch auch Papier, in Maunz/Dürig Art. 14, 38: Begriff nach Maßgabe der einfachen Gesetzgebung; ders., Eigentumsgarantie S. 17; Leisner, DVBl 1983, 63f. rügt zwar die mißverständliche Formulierung, zeigt aber dann, daß dem kein Zirkel zugrunde liegt; ebenso Gallwas, Grundrechte S. 96; ausdrücklich gegen Baur Alexy, Theorie S. 305 Fn. 174; Hendler, DVBl 1983, 876 Fn. 33; Kimminich, NuR 1985, 3.

<sup>30</sup> BVerfGE 20, 350, 356; 58, 81, 109f.; 58, 300, 336; 72, 9, 22; ähnlich BVerfGE 53, 257, 292; AK/Rittstieg, Art. 14/15, 48; ders., NJW 1982, 722; ähnlich Schwerdtfeger, JuS 1983, 106, der nur das Institut garantiert sieht, den Bestand dagegen lediglich nach Vertrauensgesichtspunkten absichert (S. 107f.); vgl. hierzu § 4 Fn. 31.

<sup>31</sup> BVerfGE 31, 229, 240; v. Münch/Bryde, Art. 14, 57.

<sup>32</sup> BVerfGE 58, 300, 330; v. Münch/Bryde, Art. 14, 57; Badura, Handbuch des Verfassungsrechts S. 661; Leisner, DVBl 1983, 64.

<sup>33</sup> Vgl. statt aller Badura, Handbuch des Verfassungsrechts S. 662f.; die Nachw. in Fn. 33–40 sind nur exemplarische Belege: vgl. genauer unten § 3 Fn. 211 ff., § 4 Fn. 4, 10ff., 17ff.

ist beim Sacheigentum praktisch unstreitig, mag bei öffentlich-rechtlichen<sup>34</sup> wie privatrechtlichen<sup>35</sup> Ansprüchen schon mehr Probleme aufwerfen: Richtschnur ist dann etwa eigene Arbeitsleistung oder eigener Aufwand.<sup>36</sup> Bei der näheren Ausformung hat der Gesetzgeber einen gerechten Ausgleich zwischen zwei Polen zu schaffen,<sup>37</sup> nämlich der grundsätzlichen Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis einerseits<sup>38</sup> und der Sozialgebundenheit des Eigentums andererseits.<sup>39</sup> Die Regelung muß im Einklang mit allen Verfassungsnormen stehen, insbesondere das Gebot der Verhältnismäßigkeit und den Gleichheitssatz beachten.<sup>40</sup> Innerhalb dieses weiten Feldes ist der Gesetzgeber allerdings frei,<sup>41</sup> aber eben nur dort. Darüber hinausgehende Bindungen resultieren aus dem Schutz des Vertrauens auf einmal getroffene Regelungen. Sie können den Gesetzgeber anhalten, Übergänge nicht abrupt vorzunehmen, sondern weich abzufedern<sup>42</sup> – ein indes auch bei anderen Grundrechten strikt zu beachtendes Gebot.<sup>43</sup> Bei aller Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers geht es also nicht um die Garantie im Rahmen der bestehenden Gesetze, sondern um einen selbständigen verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums.

### c) Die Differenzierung zwischen Inhalts- und Schrankennormen

Es ist im wesentlichen ein terminologischer Unterschied, ob man die Inhalts- und Schrankenbestimmung als einheitliche Regelungsermächtigung oder als zwei streng zu trennende Stadien auffaßt.<sup>44</sup> Den – wie hier unterstellt werden mag: zulässigen –

<sup>34</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 40, 65, 82 f. mwN.; 53, 257, 289.

<sup>35</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 42, 263, 293; 45, 142, 179; BGHZ 92, 94, 104.

<sup>36</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 31, 229, 239 f.; 45, 142, 170 mwN.; 48, 403, 413; 53, 257, 291 f.; BGHZ 92, 94, 106; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 14; *Maunz*, BayVBl 1981, 324.

<sup>37</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 25, 112, 118; 37, 132, 140; 50, 290, 339 ff.; 52, 1, 29; 58, 137, 148; 68, 361, 368; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 57; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 18 f.; *Battis*, NVwZ 1982, 586; *Hendler*, DVBl 1983, 874.

<sup>38</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 24, 367, 389 f.; 26, 215, 222; 31, 229, 240; 37, 132, 140; 42, 263, 294; 50, 290, 339; 53, 257, 290; 68, 361, 367 f.; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 59; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 661; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 17 f.; *Leisner*, DVBl 1983, 64; *Hendler*, DVBl 1983, 874; *Soell*, DVBl 1983, 242.

<sup>39</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 37, 132, 140; 50, 290, 341; 53, 257, 290; 58, 137, 148; 62, 169, 183; 68, 361, 368; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 57; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 673; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 18 f.; *Leisner*, DVBl 1983, 64; *Hendler*, DVBl 1983, 875; *Soell*, DVBl 1983, 243.

<sup>40</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 8, 71, 80; 31, 229, 240; 50, 290, 341; 52, 1, 29 f.; 67, 329, 340; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 19; *Leisner*, DVBl 1983, 64; ähnlich BVerfGE 68, 361, 368.

<sup>41</sup> Vgl. die Nachw. unten § 3 Fn. 211–213 sowie § 4 Fn. 21.

<sup>42</sup> BVerfGE 58, 300, 349, 351; 72, 9, 22 f.; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 62; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 22.

<sup>43</sup> Vgl. etwa zur Notwendigkeit von Übergangsregeln unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes bei Art. 12 GG BVerfGE 43, 291, 393 ff.

<sup>44</sup> Hierzu ausführlich *Wendt*, Eigentum S. 144 ff. mit umfangreicher Darstellung des Streitstandes, der sich selbst für eine Trennung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen ausspricht; ebenso BK/*Kimminich*, Art. 14, 97 mwN.; *Parodi*, Eigentumsbindung S. 68 ff.; *Ramsauer*, DVBl 1980, 539 ff.; anders aber die h. M.; vgl. etwa BVerfGE 49, 382, 393; 58, 300, 336;

Eigentumsbereich legen beide Normarten in ihrer Gesamtheit fest; nur die Gesetzestechnik, nicht das Ergebnis steht damit im Streit.<sup>45</sup> So bestimmt erst das Zusammenspiel von § 903 BGB und 906 BGB<sup>46</sup> – sowie weiterer im Einzelfall einschlägiger Gesetze – das Recht des Eigentümers, Nachbargrundstücke seinen Immissionen auszusetzen.

Gewinn brächte die Differenzierung nur, wenn sie zu anderen, der Einheitsbetrachtung überlegenen Ergebnissen führte. Daran ist trotz gegenteiliger Beteuerung<sup>47</sup> zu zweifeln. Insbesondere kann die vorgeschlagene Trennung von Inhalts- und Schrankennormen den Rückgriff auf einen verfassungsrechtlich vorgegebenen Eigentumsinhalt, jedenfalls Eigentumskern, nicht ersetzen. Wer sie dennoch vornimmt<sup>48</sup> und glaubt, den Schutzbereich durch die Inhaltsnormen konstitutiv aufbauen zu können,<sup>49</sup> ist alsbald mit der Schwierigkeit konfrontiert, den Gesetzgeber daran zu hindern – sieht man vom Vertrauensschutz durch weiche Übergangslösungen ab –, bisherige Eigentumsinhalte durch einen gänzlich anderen, möglicherweise stark reduzierten Schutzbereich abzulösen. Der traditionsbezogene Eigentumsbegriff, der durch die Garantie dieses Rechtsinstituts grundgesetzlich abgesichert sei, als Heilmittel gegen beliebige Substitute<sup>50</sup> verläßt zwangsläufig die eingeschlagene Bahn: Nicht Garantie im Rahmen der Inhaltsnormen, sondern Gewährung im Umfang der verfassungsrechtlich garantierten historischen Normen lautet dann die Formel. Das Phantom – Rückgriff auf ein angeblich nicht existentes verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum als Grundlage dogmatischer Konstruktion<sup>51</sup> – kehrt zurück. Das historisch gewachsene Eigentum als Schutzzinhalt ist ohne Aufgabe der Prämisse nichts wert. Erst das Postulat seiner verfassungsrechtlichen Überhöhung setzt dem reformierenden Gesetzgeber Schranken.<sup>52</sup>

### 3. Der Gestaltungsprimat der Legislative

Daß der Gesetzgeber generell, bei Ausformung des Eigentums zuvörderst, zur Gestaltung aufgerufen ist, folgt notwendig aus der Konzeption des Art. 14 GG; das

---

*Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 251; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 49; *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 161 f.; *Nußgens/Boujong*, Rdn. 128; *Breuer*, Bodennutzung S. 19 f. mwN.

<sup>45</sup> BVerfGE 49, 382, 393; 58, 300, 336; *Nußgens/Boujong*, Rdn. 128 mit umfangreichen Nachw.

<sup>46</sup> Beispiel von *Wendt*, Eigentum S. 151 f. für die angeblich unterschiedlichen Funktionen.

<sup>47</sup> *Wendt*, Eigentum S. 158 ff.

<sup>48</sup> *Wendt*, Eigentum S. 158.

<sup>49</sup> *Wendt*, Eigentum S. 163 ff.

<sup>50</sup> *Wendt*, Eigentum S. 199 ff.

<sup>51</sup> So der Vorwurf *Wendts*, Eigentum S. 158 f. an die Autoren, die Inhalts- und Schrankenbestimmung als einheitlichen Vorgang begreifen.

<sup>52</sup> Ob der Attacke *Wendts*, historisches kontra funktionelles Eigentum abzusetzen (Eigentum S. 194 ff.), zu folgen ist, mag dahinstehen. Der Ertrag wirkt dünn: Die Kritik an der – angeblich der falschen Konzeption anhängenden – Naßauskiesungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts kommt zu annähernd identischen Ergebnissen wie dieses und muß das Urteil, um es zur eigenen Position abzugrenzen, als Weg zum „planwirtschaftlichen Verteilungssystem“ abstempeln (S. 230 f.).

wurde soeben gezeigt. Man hat daraus weitgehende Postulate abgeleitet; dem Auftrag zur Grundrechtsprägung entspreche durchweg die Freistellung von der Beachtung der durch die Grundrechte gezogenen Schranken.<sup>53</sup> Es ist hier nicht der Ort, diesem allgemeinen, gerade nicht auf privatrechtliche Gesetze beschränkten Problem in allen Einzelheiten nachzugehen.<sup>54</sup> Auch ohne Detailkritik zeigt sich, daß die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers nicht unbegrenzt sein kann.

a) Die Notwendigkeit der Kontrolle anhand des Verfassungsrechts

So ist es schon nicht recht plausibel, wie aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber dazu berufen ist, Regeln für den Interessenausgleich der Bürger zur Verfügung zu stellen, ohne weiteres folgen soll, daß die tatsächlich erlassenen Gesetze dem Auftrag auch wirklich gerecht werden.<sup>55</sup> Will man nicht zur Grundrechtsgeltung im Rahmen der Gesetze zurückkehren, so kann man von der Kontrolle der Legislative nicht absehen. Das bedeutet nicht, den Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers, seine aus der Institutsgarantie und den Schutzpflichten resultierende Berufung zur Regelung dieser Rechtsgebiete zu mißachten. Beiden wird hinreichend durch den von den Grundrechten gezogenen Rahmen Rechnung getragen; hat doch der Gesetzgeber einen mehr oder weniger großen Spielraum.<sup>56</sup>

Jede materielle Ausgestaltung umgreift notwendigerweise die Zuordnung und – dem regelmäßig korrespondierend – die Einschränkung von Rechten.<sup>57</sup> Auch bei Grundrechten, die der Prägung durch den Gesetzgeber bedürfen, sind die Grenzen und Modifikationen zu beachten, die dem Auftrag an die Legislative gezogen sind; sind sie verletzt, ist die Einschränkung nicht mehr gedeckt.<sup>58</sup> Paradigmatisch ist das Nachbarrecht des BGB. Dem Abwehranspruch des einen Eigentümers entspricht die Pflicht des anderen, auf die geplante Benutzung zu verzichten. Noch deutlicher wird es bei den Regeln des redlichen Erwerbs: Des Schutzes des Erwerbers wegen verliert der bisher Berechtigte sein Eigentum. So wäre es denn von diesem Ansatz aus letztlich auch nicht zu begründen, warum die Legislative auf einem Freiraum zwar bei Kollisionen mit Rechten Dritter, nicht aber bei Widerstreit mit anderen verfassungsmäßigen Gütern soll beharren dürfen.<sup>59</sup> Gerade damit ließe sich indes die Freiheitsverbürgung der Grundrechte weitgehend aushöhlen.

<sup>53</sup> Symptomatisch ist etwa die Formulierung *Lerches*, Übermaß S. 107, grundrechtsprägende Normen schnitten nicht in einen schon gestalteten Grundrechtsbereich hinein.

<sup>54</sup> Vgl. dazu zuletzt z. B. *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik S. 128 ff.; *Ludwig Schneider*, Wesensgehalt S. 39 ff.; *Alexy*, Theorie S. 249 ff.; *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 263 ff.

<sup>55</sup> So etwa v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 200; ablehnend *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 313 f.; *Blaesing*, Grundrechtskollision S. 45.

<sup>56</sup> Vgl. etwa BVerfGE 69, 1, 25 mwN. zur Frage, wie sich die Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 3 GG feststellen lasse; *Alexy*, Theorie S. 301, der zudem auf die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Regeln verweist.

<sup>57</sup> *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik S. 146; *Alexy*, Theorie S. 300 ff., namentlich S. 305.

<sup>58</sup> *Alexy*, Theorie S. 305.

<sup>59</sup> *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 314.

## b) Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit

Demgemäß ist es nicht erstaunlich, daß die Vertreter dieser Lehre, so sehr sie auch den Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers betonen, im Ergebnis doch wieder auf die der Legislative gezogenen Grenzen verweisen müssen. *Lerche* etwa entnimmt dem Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu Recht die Ermächtigung des Gesetzgebers, den Inhalt von Eigentum und Erbrecht zu bestimmen. Gleichzeitig markiert *Lerche* die Grenze. Mit Übertritt nach Art. 14 Abs. 3 GG werde der Bereich der grundrechtseingreifenden Norm berührt; von vornherein sei die Gestaltung durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG in einen bestimmten Rahmen gezwängt.<sup>60</sup> Das bedeutet letztendlich freilich nichts anderes, als daß der Gesetzgeber bei aller vom Grundgesetz eingeräumten Gestaltungsfreiheit eben auch die von diesem gezogenen Schranken zu beachten hat.

Derselbe Befund läßt sich mit Modifikationen im einzelnen auch bei anderen Autoren registrieren, die die Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers betonen. *Häberle* als einer der Hauptvertreter spricht einerseits davon, der Gesetzgeber verletze geradezu ein Verbot, wenn er die Grundrechte nicht konkretisiere.<sup>61</sup> Umgekehrt bestehe aber auch eine Sperre gegen Verletzung von Grundrechten.<sup>62</sup> Man mag gegen eine solche Konzeption ohnedies mit Fug und Recht einwenden, sie vernachlässige das rechtsstaatliche Sicherungspotential.<sup>63</sup> Will man indes *Häberle* nicht unterstellen, er intendiere auf diesem Weg die Ausschaltung oder Abmilderung der Grundrechtsbindung<sup>64</sup> – die in seinem Konzept nicht zu begründen wäre –, so liegt dessen Bedeutung darin, daß es den – im Prinzip nicht strittigen – Ausgestaltungsprimat, die allgemeine Kollisionsproblematik und die konstitutive Rolle des Gesetzgebers beim Ausgleich gegenläufiger Interessen in den Blick rückt.

<sup>60</sup> *Lerche*, Übermaß S. 107 mit Fn. 38; grundsätzlich zustimmend *Scholz*, Wirtschaftsaufsicht S. 134. Unklar bleibt der in der Fn. 38 folgende Satz *Lerches*, umgekehrt stelle nicht jede Vorschrift im Grundrechtskatalog notwendig eine Beschränkung des Gesetzgebers dar. Auf das Eigentum bezogen ist eine solche Ansicht abzulehnen. Ist schon die Inhaltsbestimmung durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG begrenzt, so kann auch jede andere Grundrechtsnorm dem Gesetzgeber Beschränkungen auferlegen. Regeln des Erbrechts müssen nicht nur Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, sondern auch Art. 6 Abs. 5 GG genügen (vgl. statt aller BVerfGE 58, 377, 389 ff.).

<sup>61</sup> *Häberle*, Wesensgehaltgarantie S. 182.

<sup>62</sup> *Häberle*, Wesensgehaltgarantie S. 182, 195, 196 f., 201, 210.

<sup>63</sup> *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 264.

<sup>64</sup> Was wohl auch gegenüber *Säcker*, Koalitionsfreiheit S. 100 ff. ein zu harter Vorwurf wäre. Er hält die Normierung für zulässig, soweit sie äquipollenter Ausdruck der durch sie ausgefüllten Verfassungsnorm sei; der „begriffliche Selbststand“ der Verfassung sei zu sichern (S. 103). Die Gefahr, daß durch diese Formulierung der von *Säcker* nicht erwähnte Art. 1 Abs. 3 GG relativiert werden könnte, ist freilich nicht ganz von der Hand zu weisen; vgl. die Kritik von *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik S. 130–132; freilich nunmehr auch MünchKomm/*Säcker*, Einl. Rdn. 55. – Von den Problemen des Art. 19 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG soll hier abgesehen werden.

### III. Die grundlegenden Positionen

#### 1. Grundrechtsbindung nur bei „vollziehbaren“ Verfassungsnormen

Ansichten, die – zuletzt von *Forsthoff* mit Verve vertreten – jegliche Orientierung an Grundrechtsinhalten und damit auch die Drittwirkung verwarfen,<sup>65</sup> ja ihre Begründung für denjenigen als unzugänglich abtaten, der in der Tradition von Staatsrechtswissenschaft und Verfassung stehe,<sup>66</sup> können heute als überwunden gelten.<sup>67</sup> Der Angriff kaprizierte sich auf die „Umgestaltung“ des Verfassungsrechts in ein Wertsystem und die an diesem System orientierte Auslegung.<sup>68</sup> Bundesverfassungsgericht und ganz h.M. in der Lehre sind zu Recht unbeeindruckt geblieben.<sup>69</sup> Es wäre weder notwendig noch auch nur zweckdienlich, aufgrund der Attacken die Überprüfung bürgerlich-rechtlicher Gesetze abzulehnen.<sup>70</sup> Es bedeutete, den Stand des Grundgesetzes zu mißachten. Angesichts des Art. 1 Abs. 3 GG bedarf nicht die Bindung des Gesetzgebers der Legitimation; die Argumentationslast trifft vielmehr denjenigen, der ihn der Pflicht entheben wollte, die Verfassung zu beachten.<sup>71</sup> Es ist ein zentrales Anliegen des Grundgesetzes, von der Geltung der Grundrechte im Rahmen der Gesetze zur umgekehrten Hierarchie überzugehen.<sup>72</sup> Darüber hinaus würden die Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, aber auch anerkannte Maximen, wie die verfassungskonforme und -orientierte Auslegung, ihrer Funktion entkleidet, wenn man auf die Überprüfung auch nur bürgerlich-rechtlicher Gesetze durch höherrangiges Recht verzichtete. Das sieht letztendlich auch

<sup>65</sup> *Forsthoff*, Festschrift für C. Schmitt S. 45 ff.; *ders.*, Festgabe für C. Schmitt S. 191; *ders.*, Festschrift für E. R. Huber S. 9 f.

<sup>66</sup> So die prononcierte Attacke *Forsthoffs*, Festschrift für C. Schmitt S. 45.

<sup>67</sup> Vgl. etwa *Nipperdey*, in *Bettermann/Nipperdey* IV 2 S. 749 Fn. 33; *Reuter*, Kindesgrundrechte S. 106 ff. mwN.

<sup>68</sup> *Forsthoff*, Festschrift für C. Schmitt S. 39 ff.; *ders.*, Festgabe für C. Schmitt S. 190 ff.; *ders.*, Verfassungsauslegung S. 19 ff.; *ders.*, Festschrift für E. R. Huber S. 4.

<sup>69</sup> Beginnend mit BVerfGE 2, 1, 12 ist die Akzeptierung eines Wertsystems ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. BVerfGE 7, 198, 205 ff.; 35, 79, 114; 39, 1, 41 f.; 50, 290, 337; 66, 116, 135; *Dürig*, in *Maunz/Dürig* Art. 1, 98; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 104; *Rupp*, AöR 101, 166. Das ist – soweit hier von Belang – unstrittig. Die weitere Kontroverse dreht sich nur darum, ob und inwieweit der subjektive Bezug vorgeordnet ist (vgl. dazu z.B. v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 126 mwN.); das mag hier noch auf sich beruhen.

<sup>70</sup> *Forsthoff* nimmt zu dieser Frage nicht Stellung, sein Standpunkt läßt sich insoweit aus der Ablehnung des Lüth-Urteils (BVerfGE 7, 198, 205 ff.) erschließen (Festschrift für C. Schmitt S. 45 ff.); dort wurde im Endeffekt die „Fallnorm“, die das Gericht gefunden hatte, an Art. 5 GG überprüft.

<sup>71</sup> Auf diese Norm rekurriert auch *Forsthoff*, Festschrift für C. Schmitt S. 46: Der Adressatenkreis sei abschließend bestimmt. Das Problem, ob auch der Privatrechtsgesetzgeber gebunden ist, wird damit gerade nicht thematisiert.

<sup>72</sup> Vgl. statt vieler *Dürig*, in *Maunz/Dürig* Art. 1, 104; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 103; v. *Münch*, Art. 1, 51; so auch *Forsthoff* selbst, Festschrift für C. Schmitt S. 46.

*Forsthoff*: Soweit vollziehbare Verfassungsnormen vorlägen, sei der Gesetzgeber an das Grundgesetz gebunden.<sup>73</sup> Dieser Begriff der Vollziehbarkeit als Grundlage klar umrissener Subsumtion entbehrt allerdings operationaler Trennschärfe: Ist Auslegung und Sinnermittlung von Generalklauseln doch gängige Aufgabe des Richters, ohne daß sich Rechtsqualität und Geltung dieser Generalklauseln negieren ließen.<sup>74</sup>

## 2. Die Reduktion der Grundrechtsbindung auch beim Erlaß zivilrechtlicher Gesetze – die mittelbare Drittwirkung

So sehr sich daher auch die beinahe einhellige Auffassung zur generellen Bindungskraft der Verfassung bekennt, so umstritten ist die Reichweite. Die Kontroverse ist lange unter dem Schlagwort „mittelbare“ kontra „unmittelbare“ Drittwirkung ausgetragen worden. Ob man mit dieser Kategorienbildung die entscheidenden Punkte getroffen hat, wird heute mit Fug und Recht immer mehr in Zweifel gezogen,<sup>75</sup> mag aber hier auf sich beruhen. Auffallend und im vorliegenden Zusammenhang ungleich wichtiger ist die Beobachtung, daß die h.L., obgleich Anhänger der mittelbaren Drittwirkung,<sup>76</sup> zur Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers kein einheitliches Konzept entwickelt hat. Trotz des gemeinsamen Ausgangspunkts präsentiert sich der Stand der Meinungen in verwirrender und kontroverser Vielfalt.

### a) Die Beachtung nur der zugrunde liegenden Prinzipien

Wenig gewonnen ist etwa, wenn man statt auf die verfassungsrechtlichen Normen auf die ihnen zugrunde liegenden Prinzipien zurückgreift und nur anhand dieser – quasi Metaverfassung – die privatrechtlichen Gesetze überprüft.<sup>77</sup> Das Problem verlagert sich lediglich auf die Reichweite der („Dritt-“)Wirkung solcher Verfassungsprinzipien. Das Modell könnte nur dann zu anderen Ergebnissen führen, wenn sich dartun ließe, worin das Spezifikum einer solchen Bindung gegenüber Vorschlägen zu sehen ist, die den unmittelbaren Vorrang der Verfassung betonen. Es bleibt indes ohne Relevanz, ob man etwa den Persönlichkeitsschutz aus dem Grundgesetz oder aus einem neben diesem stehenden Prinzip ableitet. Die mit dem

<sup>73</sup> *Forsthoff*, Festschrift für C. Schmitt S. 46; zum Begriff der Vollziehbarkeit vgl. die Darstellung bei *Göldner*, Verfassungsprinzip S. 38 ff.

<sup>74</sup> Vgl. statt vieler *Göldner*, Verfassungsprinzip S. 38 f. mwN.

<sup>75</sup> *Stern*, III/1 S. 1531; *Alexy*, Theorie S. 483, 490 mit Analyse der Blinkfuer-Entscheidung; *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 397 f. n. 520; *Eckoldt-Schmidt*, Legitimation S. 69 ff., insbes. 72, 76 f., 88 f.; *Rüfner*, Gedächtnisschrift für Martens S. 220 f.; *Bydlinski*, Österr. ZföfR XII, 441; *Gamillscheg*, AcP 164, 404, 419, 425; *Krause*, JZ 1984, 659 f. n. 24; ähnlich, wenngleich vorsichtig, v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 194; anders entschieden jedoch *Papier*, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1982, 474, der jedoch Details schuldig bleibt.

<sup>76</sup> Vgl. z.B. *Dürig*, in Maunz/Dürig Art. 3 I, 505 ff.; *ders.*, Festschrift für Nawiasky S. 166 ff.; *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 152 ff.; *Hesse*, Rdn. 351 ff.; *Papier*, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1982, 473 ff.

<sup>77</sup> So *Göldner*, Verfassungsprinzip S. 23 ff., 33 ff., insbes. 35 f.; ähnlich *Raiser*, 46. Deutscher Juristentag II B 19.



Begriff der Person und seiner Wirkkraft verbundenen Auslegungs- und Konkretisierungsprobleme<sup>78</sup> stellen sich ungeachtet der normhierarchischen Verankerung. Will man Verletzungen des Persönlichkeitsrechts unter Hintanstellung des § 253 BGB in Analogie zu § 847 BGB kompensieren, so läßt sich dafür aus der Einordnung des Persönlichkeitsrechts als Prinzip nicht mehr erschließen als aus seiner unmittelbaren Ableitung aus der Verfassung. Im Zentrum der Überlegungen steht demgemäß die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und Richter.<sup>79</sup> Begründung und Umfang<sup>80</sup> des Konkretisierungsprimats der Legislative spielen allerdings in dem Augenblick keine Rolle mehr, da der Gesetzgeber von seiner Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat; es geht dann um die Überprüfung der tatsächlich gesetzten Norm.

#### b) Die Bindung an das objektive Wertsystem

Man begründet bekanntlich die mittelbare Drittwirkung damit, die Grundrechte umschlossen nicht nur subjektive Abwehrrechte, sondern darüber hinaus ein objektives Wertsystem.<sup>81</sup> Dieser Ansatz soll weitreichende Folgerungen nach sich ziehen, was die Bindung des Privatrechtsgesetzgebers anbelangt. So seien die Wertungen der Grundrechte auf das Zivilrecht nur mit Modifikationen zu übertragen. Die Verfassung binde den Gesetzgeber im Bereich des Privatrechts nicht mit derselben Stringenz wie beim Erlass öffentlich-rechtlicher Normen.<sup>82</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat in einigen Entscheidungen die Prüfungsdichte abgemildert.<sup>83</sup> So distanziert sich das Gericht im Lüth-Urteil terminologisch von der unmittelbaren Drittwirkung, indem es lediglich von der Ausstrahlungswirkung spricht.<sup>84</sup> Spätere Entscheidungen knüpfen daran praktische Konsequenzen: Im Mephisto-Urteil wurde

<sup>78</sup> Exemplarisch *Göldner*, Verfassungsprinzip S. 36f.

<sup>79</sup> *Göldner*, Verfassungsprinzip S. 143ff., 177f.

<sup>80</sup> *Göldner*, Verfassungsprinzip S. 201ff.

<sup>81</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 198, 205; seitdem ständige Rechtsprechung; vgl. etwa BVerfGE 66, 116, 135; 73, 261, 269; 76, 143, 161; BGHZ 101, 24, 27; *Stern*, III/1 S. 890ff., 1562; v. *Münch*, vor Art. 1, 32; *Hesse*, Rdn. 353; *ders.*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 95, 103f.; *ders.*, EuGRZ 1978, 437; *Kopp*, 2. Festschrift für Wilburg S. 149; *Pieroth/Schlink*, Rdn. 210; *Dürig*, Festschrift für Nawiasky S. 176; *Rupp*, AöR 101, 170; *Papier*, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1982, 472; *Jarass*, NJW 1989, 861; *Flume*, II § 1 10b.

<sup>82</sup> So mit wechselnden, der Sache nach jedoch identischen Formulierungen *Dürig*, in Maunz/Dürig Art. 3 I, 506; *Kopp*, 2. Festschrift für Wilburg S. 149; *Bydliński*, Österr. ZföfFR XII, 443; *Rupp*, AöR 101, 169, der freilich auf S. 170 *Dürigs* Lehre von der fehlenden Bindung des Zivilgesetzgebers kritisiert; *ders.*, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung S. 12f.; *ders.*, Verfassungsrecht und Kartelle S. 199; *Reuter*, Kindesgrundrechte S. 75ff.; *Raiser*, 46. Deutscher Juristentag II B 13; ablehnend z. B. *Stern*, III/1 S. 1566f.; *Canaris*, AcP 184, 212f.; vgl. zu den einzelnen Positionen detailliert unten § 3 III 2b–g.

<sup>83</sup> Darauf haben insbes. *Canaris*, AcP 184, 211; *ders.*, JuS 1989, 162f.; *Krause*, JZ 1984, 661 mit Fn. 60; *Harald Schneider*, Güterabwägung S. 213 hingewiesen und dies zu Recht bemängelt.

<sup>84</sup> BVerfGE 7, 198, 207; ebenso BVerfGE 73, 261, 269 unter Vermengung mit dem Aspekt, das Bundesverfassungsgericht sei in der Nachprüfung zivilprozessualer Urteile beschränkt (vgl. dazu unten § 3 III 2f.).

statt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Prüfungsmaßstab lediglich das Willkürverbot bemüht.<sup>85</sup> Der Wallraff-Beschluß reduziert gar generell die Kontroll-dichte, da die Einwirkung des Grundrechts auf privatrechtliche Vorschriften thematisiert sei und im Hinblick auf die Eigenart der geregelten Rechtsverhältnisse dem Grundrecht andere, u. U. engere Grenzen gezogen sein könnten als in seiner Bedeutung als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.<sup>86</sup>

(1) Die Überlegenheit der nur mittelbaren Drittwirkung wird nicht zuletzt darin gesehen, sie kanalisieren die gebotene „relativierte“ Anwendung der Grundrechte und biete dem Richter so mehr als die Aufforderung zur bloßen Abwägung.<sup>87</sup> Kriterien und Grenzen einer solchen Relativierung diffundieren indes, ablesbar etwa aus der Auffassung, die Kategorienbildung der zivilrechtlichen Generalklauseln stelle eine solide Basis zur Verfügung.<sup>88</sup> Die Formel legt aber gerade nicht dar, welche Maßstäbe die modifizierte Wirkung der Grundrechte beherrschen sollen, insbesondere wo ihre Einstrahlung enden soll. Nicht zuletzt wäre für die Kontrolle bürgerlich-rechtlicher Gesetze ein solch scheinbarer Unterschied und Vorteil, wollte er besagen, die beteiligten Grundrechte seien nicht lückenlos zu berücksichtigen, nicht nur systemwidrig, er verstieße geradezu gegen die Verfassung. Der einfachgesetzliche Begriff kann an der verfassungsrechtlichen Determinierung nichts ändern. So vermag das allgemeine Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht iS. des § 823 Abs. 1 BGB nicht die Abwägung anhand der grundgesetzlich relevanten Kriterien zu modifizieren.<sup>89</sup> Verstößt etwa eine Äußerung gegen das Recht des Betroffenen aus

<sup>85</sup> BVerfGE 30, 173, 199f.

<sup>86</sup> BVerfGE 66, 116, 135; zustimmend *Jarass*, AöR 110, 378. Das Gericht formuliert allgemein, so daß der reduzierte Prüfungsmaßstab nicht als Ausfluß des Grundrechts in seiner Funktion lediglich als Schutzpflicht legitimiert werden kann. – Auch BGHZ 101, 24, 27 setzt das Abwehrrecht von dem Wertsystem aufgrund der objektiven Normen ab. Im bürgerlichen Recht sei die Bedeutung zu berücksichtigen, die der grundgesetzliche Schutz des Eigentums habe. Das Gericht äußert sich nicht zu der Frage, ob und inwieweit dieser Schutz gegenüber der Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte reduziert sei.

<sup>87</sup> *Bydlinski*, Österr. ZföfR XII, 443; *Kopp*, 2. Festschrift für Wilburg S. 149; der Sache nach ebenso *Dürig*, in Maunz/Dürig Art. 3 I, 509, 510, 513; *ders.*, Festschrift für Nawiasky S. 183.

<sup>88</sup> *Dürig*, in Maunz/Dürig Art. 3 I, 510; ähnlich *ders.*, Art. 3 I, 506; aliud; *ders.*, Art. 3 I, 513: qualitativ andere Bedeutung der Grundrechte; *ders.*, Festschrift für Nawiasky S. 176: nach den Sachgesetzen des Privatrechts mediatisierte Wirkung; vgl. ferner *Otto*, Freiheit S. 140: Notwendigkeit, äußerst abgestufte Lösungen für das Verhältnis von Privatleuten untereinander zu entwickeln.

<sup>89</sup> *Doebring*, Staatsrecht S. 199f.; *Eckoldt-Schmidt*, Legitimation S. 72, 76f., 88f.; *Gamill-scheg*, AcP 164, 404, 419, 425; a. A. *Gallwas*, Grundrechte S. 64, der jedoch einräumt, die Norm müsse mit den Schutz- und Achtungsrechten in Einklang stehen; *Thielmann*, Verfügungen S. 55 für § 138 Abs. 1 BGB als Transmissionsnorm; er ordne die Realisierung der Grundwerte „nur dem Grunde nach“ (?) an (aaO. S. 76); unklar *Alexy*, Theorie S. 488f., wenn er neben den grundrechtlichen Prinzipien noch weitere Bindungen anerkennen will, soweit er damit nicht nur auf die Selbstverständlichkeit abstellen will, daß der Zivilgesetzgeber wie der Gesetzgeber öffentlich-rechtlicher Normen innerhalb des von den Grundrechten aufgespannten Rahmens frei die Prioritäten setzen kann und sich dies im jeweiligen gerichtlichen Verfahren auch widerspiegelt.

Art. 1 Abs. 1 S. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG, selbst wenn man zugunsten des Eingreifenden das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung einkalkuliert,<sup>90</sup> so kann § 823 Abs. 1 BGB zu keinem anderen Ergebnis führen. Die in der Hierarchie niedriger eingestufte Norm ist von vornherein nicht in der Lage, die aufgrund der Verfassung gefundene Interessenbewertung zu verschieben. Durchaus konsequent entwickelt das Bundesverfassungsgericht den „offenen“ deliktischen Tatbestand der §§ 823 Abs. 1, 826 BGB anhand der Wertentscheidung der Grundrechte,<sup>91</sup> verzichtet in einzelnen Urteilen gar auf die formale Anknüpfung an diese Normen und setzt sogleich bei der Abwägung der kollidierenden Interessen an.<sup>92</sup> Anders ausgedrückt: Die zusätzliche Orientierung an Tatbestandsmerkmalen etwa einer Vorschrift des BGB, insbesondere auch an Sammelbegriffen, die für so entscheidend gehalten wird,<sup>93</sup> ist in Wirklichkeit angesichts des verfassungsrechtlich gebotenen<sup>94</sup> Ergebnisses ohne eigenständigen Erkenntniswert.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> Vgl. als Beispiel BVerfGE 54, 208, 217.

<sup>91</sup> Vgl. etwa BVerfGE 66, 116, 132.

<sup>92</sup> Vgl. etwa BVerfGE 60, 234, 239ff.; 61, 1, 7ff.; 68, 226, 229ff.; 67, 213, 222ff. für die Parallelproblematik im Strafrecht.

<sup>93</sup> *Bydliński*, Österr. ZföfR XII, 443.

<sup>94</sup> Anders natürlich, wenn das Grundgesetz mehrere Möglichkeiten offenläßt. Diesen Gestaltungsspielraum kann der Gesetzgeber nützen. Dann geht es allerdings nicht um eine Kollisionsproblematik; vgl. dazu statt vieler *Dürig*, in *Maunz/Dürig* Art. 1 III, 133 a.E.; *Alexy*, *Theorie* S. 488, 492. – Der immer wieder – und das zu Recht – reklamierte Regelungsspielraum für den Gesetzgeber (vgl. exemplarisch *Stern*, III/1 S. 1555f., 1577f., 1584) besteht nur innerhalb des von der Verfassung gezogenen Rahmens. Er ist also – entgegen *Stern*, aaO. – kein Argument für eine nur mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, sondern charakterisiert auch andere Rechtsgebiete. Zwar sind die Gerichte an die Privatrechtsgesetze gebunden, doch nur, solange die Normen nicht mit dem Grundgesetz kollidieren; dasselbe gilt auch im öffentlichen Recht. Die mittelbare Drittwirkung mit der vorrangigen Bindung der Gerichte an die Privatrechtsgesetze begründen zu wollen (so *Stern*, III/1 S. 1555, 1578, 1583), bemüht eine tatsächlich nicht existente Sonderrolle des bürgerlichen Rechts.

<sup>95</sup> Angedeutet sei, daß diese Überlegung auch für das Vertragsrecht gilt. Will man etwa einem Mohammedaner aufgrund von Art. 4 Abs. 1 GG das Recht einräumen, an einem hohen islamischen Feiertag die Arbeit ruhen zu lassen, so kann das BGB – etwa § 138 – nichts an dieser durch die Verfassung vorgezeichneten Lösung ändern. Eine Kündigung ist dann sittenwidrig; auch Schadensersatz aufgrund einer pVV kann mangels Vertragswidrigkeit nicht gefordert werden. Die Terminologie „mittelbare Drittwirkung“ sollte daher aufgegeben werden; sie hat die Diskussion bisher allenfalls verdunkelt. – Ein anderer Aspekt ist es, daß die Privatautonomie ihrerseits als verfassungsrechtlich garantiert (BVerfGE 8, 274, 328; 12, 341, 347; 60, 329, 339; 72, 155, 170; 73, 261, 270; 74, 129, 152; *Canaris*, JZ 1987, 993) auch mit ihrem spezifischen Wertsystem in die Abwägung einzugehen hat (vgl. etwa *Alexy*, *Theorie* S. 491; ähnlich *Steindorff*, *Persönlichkeitsschutz* S. 13; vgl. aber auch *Medicus*, AT Rdn. 694, der nicht in jedem Grundrechtsverstoß auch Sittenwidrigkeit erblickt und gerade darin einen Unterschied zur unmittelbaren Grundrechtswirkung sehen will; so ohne Begründung auch z. B. *Staudinger/Dülcher*, § 138, 11; *Soergel/Hefermehl*, § 138, 10; auch *Jarass*, NJW 1989, 862 spricht bei der Anwendung von privatrechtlichen Gesetzen nur von der Ausstrahlungswirkung und scheint in diesem Punkt den Unterschied zur unmittelbaren Wirkung zu erblicken). – Auf dieses Argument läßt sich im übrigen auch der Gesichtspunkt reduzieren, die mittelbare Drittwirkung sei Ausdruck der Entscheidungsfreiheit (*Bydliński*, Österr. ZföfR XII, 442), die

(2) Der Hinweis auf die objektive Wertordnung des Grundgesetzes als Begründung für die Wirkung auch im Privatrecht führt leicht zu Mißverständnissen. Es ist zumindest unnötig, diese objektive Komponente als tragendes Argument für die Bindung des bürgerlich-rechtlichen Gesetzgebers auszugeben;<sup>96</sup> er ist ohnedies zur Beachtung der Grundrechte als Abwehrrechte verpflichtet. Unzutreffend wäre es jedenfalls, aufgrund der objektiven Komponente die Schutzdichte zurückzunehmen. Es hieße, mit ihrer Hilfe das Abwehrrecht eines Gutteils seiner Durchschlagskraft zu entkleiden, damit hinter den einmal erreichten Stand zurückzufallen, nicht zuletzt aber, die Aufgabe der objektiven Wertordnung gründlich zu verkennen. Allenfalls begründet sie erhöhten Schutz, modifiziert aber nicht eine schon ohne sie bestehende Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte.<sup>97</sup> Auch die Institutsga-

---

unmittelbare Drittwirkung verbiete sich gerade wegen der Grundrechte (Dürig, in Maunz/Dürig Art. 1 III, 130). Die Entscheidungsfreiheit als grundrechtlich geschützter und damit in die Abwägung einzustellender Belang, nicht eine wie immer geartete „Mittelbarkeit“ der Wirkung, ist der entscheidende Gesichtspunkt.

Schlaglichtartig wird dies von BGH NJW 1986, 2944f. illustriert. Wenn das Gericht die Vertragsfreiheit in die Abwägung mit der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden Freiheit der Berufswahl einschließt, im entschiedenen Fall jene aber zurücktreten läßt, bleibt die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung die Antwort darauf schuldig, worauf sich eine (erneute) Berücksichtigung der Vertragsfreiheit stützen können, insbesondere welche neuen bisher nicht bedachten Impulse sie geben könnte. Die personale Würde der Partner läßt eine bindende Abrede über die Vermeidung einer Schwangerschaft nicht zu (BGHZ 97, 372, 379). Das Ergebnis wird durch § 138 BGB nicht modifiziert; der BGH erwähnt die Norm denn auch nicht. Auch die Pflicht aufgrund eines privatrechtlichen Schiedsrichtervertrages, sich psychiatrisch untersuchen zu lassen, mißt BGHZ 98, 32, 33f. direkt an Art. 1 und 2 GG, ohne § 138 BGB zwischenzuschalten. Zwar betont BVerfGE 73, 261, 269 die lediglich mittelbare Wirkung der Grundrechte, zieht aber in der konkreten Auslegung (des Sozialplans) nach den §§ 133, 157 BGB keine Konsequenzen, die über die Rücksicht auf die Privatautonomie als einem grundrechtlich geschützten und daher in die Abwägung einzustellenden Belang hinausführten.

<sup>96</sup> So aber BVerfGE 66, 116, 135f.; BGHZ 101, 22, 27; Jarass, AöR 110, 378; wohl auch Ossenbühl, NJW 1976, 2101f.; Rupp, AöR 101, 170; kritisch Canaris, AcP 184, 224f.; Schwabe, Grundrechtsdogmatik S. 286ff.; Zöllner, RDV 1985, 8f.

<sup>97</sup> Grundlegend BVerfGE 50, 290, 337f.: „Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind sie (sc. die Grundrechte) in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Die Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien besteht in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft (...), hat jedoch ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung. Sie läßt sich deshalb nicht vom eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen vervollständigen, in dem der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt ... Allerdings darf die Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht zu einer Verkürzung dessen führen, was die Verfassung in allem Wandel unverändert gewährleisten will, namentlich nicht zu einer Verkürzung der in den Einzelgrundrechten garantierten individuellen Freiheiten, ohne die nach der Konzeption des Grundgesetzes ein Leben in menschlicher Würde nicht möglich ist“. Vgl. ferner BVerfGE 7, 198, 205; 35, 79, 114 mwN. („Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte“); 24, 367, 389 („Sicherung“); Bleckmann, Staatsrecht II S. 223f.; Dürig, in Maunz/Dürig Art. 1 III, 99; Hermes, Grundrecht S. 109f.; anders BVerfGE 66, 116, 135f.; unter Berufung auf diese Entscheidung Jarass, AöR 110, 378; weniger Schutz als bei Abwehrrechten. Jarass, aaO. verdeutlicht sogleich, zu welch

rantie wirkt nur verstärkend: Einen einzelnen zu enteignen ist möglich, nicht aber, das Eigentum als Institution abzuschaffen.

c) Die Funktion des Art. 1 Abs. 3 GG

Wer die Bindung des Gesetzgebers leugnen oder auf eine mittelbare reduzieren will, setzt sich zudem mit allzu leichter Hand über Art. 1 Abs. 3 GG hinweg.<sup>98</sup>

(1) Den wohl ausführlichsten Versuch, eine solche Einschränkung zu begründen, hat *Reuter* unternommen. Das Privatrecht regle nur das Verhältnis zwischen Gleichgeordneten und deren Interessenkonflikte. Damit sei nicht gesagt, daß die Privatrechtssubjekte selbst den Grundrechten unterworfen seien. Genau das Gegenteil treffe zu; die Verfassung habe auf die Rechtsbeziehungen von Privatleuten auch dann keinen Einfluß, wenn sie gesetzlich geregelt seien. Dasselbe gelte für die Rechtsprechung der Zivilgerichte. Die bloße Tatsache, daß sie staatliche Gewalt ausübten, erlaube keine Rückschlüsse auf den Inhalt des von ihnen zu beurteilenden materiellen Zivilrechts.<sup>99</sup> Weniger drastisch formulieren andere: Art. 1 Abs. 3 GG bestimme nicht, inwieweit Richter und Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden seien. Aus der Verfassung ließe sich nur ableiten, daß Freiheit als Freiheit von staatlichem Zwang auf die Abwehr von Handlungen zu verengen sei, die von der

---

systemwidrigen Ergebnissen der Ansatz führt: Er räumt der Ausstrahlungswirkung aufgrund der objektiven Wertordnung auch für das öffentliche Recht Raum ein, was sicherlich korrekt ist, da die Abwägung etwa zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht im Strafrecht nicht von Grund auf abweichend zum bürgerlichen Recht strukturiert sein kann. Zwar gesteht *Jarass*, aaO. zu, häufig werde im öffentlichen Recht die objektive Komponente vom Abwehrrecht verdrängt; konsequenterweise muß dies auch im Zivilrecht so sein, da die Erscheinung dann eben kein Spezifikum des Privatrechts ist. Wo *Jarass*, aaO. aber das Abwehrrecht nicht einbezieht, entkleidet er das Grundrecht ohne hinreichende Rechtfertigung der Abwehrkomponente, also seiner wichtigsten Funktion – gerade für öffentlich-rechtliche Normen. Grundlegende und berechtigte Kritik an allen Versuchen, die Abwehrkomponente durch eine „institutionelle Sichtweise“ als Teil der objektiven Seite zu verkürzen, übt *Merten*, *VerwA* 73 (1982), 110ff. Vor allem läßt sich auch damit des Schrankenwirrwars nicht Herr werden. Einrichtungsgarantien, aus den Grundrechten abgeleitet, müssen identischen Begrenzungen unterliegen. Darf indes ein Grundrecht nicht eingengt werden, so lassen sich Grenzen auch über die Hintertür der Institutsgarantie nicht einmogeln (*Merten*, *VerwA* 73 (1982), 111 Fn. 55).

<sup>98</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 83; *Canaris*, AcP 184, 212; *ders.*, JZ 1987, 993; *ders.*, JuS 1989, 161, 162; *Schwerdtfeger*, NVwZ 1982, 8; ausführlich *Schwabe*, Drittwirkung S. 88f.; *ders.*, AcP 185, 1; nach *Stein*, Staatsrecht § 42 V 7 folgt aus Art. 1 Abs. 3 GG die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte für den bürgerlich-rechtlichen Gesetzgeber.

<sup>99</sup> *Reuter*, Kindesgrundrechte S. 76 unter Aufgabe seiner früheren Position in NJW 1965, 2038 Fn. 3; vgl. ferner *Rupp*, Verfassungsrecht und Kartelle S. 199; *Erichsen/Reuter*, Elternrecht S. 17 unter Zuflucht zur objektiven Wertordnung (S. 19) sowie Berufung auf *Hesse*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 95, 104f., dessen Position dort allerdings nicht ganz klar wird, während er in seinem Lehrbuch Rdn. 355 die Grundrechtsbindung des Zivilgesetzgebers explizit bejaht; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 198ff. (s. dazu auch § 3 III 2 d (4)); *Zöllner*, RDV 1985, 6, der Art. 1 Abs. 3 GG nicht erwähnt; *Henke*, DÖV 1984, 11; ebenso im Ergebnis *Doehring*, Staatsrecht S. 198ff.

Verwaltung ausgingen.<sup>100</sup> Die Tatsache, daß staatliche Gewalt Konflikte zu entscheiden habe, besage nichts über deren materielle Grundrechtsgebundenheit; es gehe um die Frage, ob bzw. inwieweit der bestehende Spielraum durch die Grundrechte beschnitten sei.<sup>101</sup>

(2) Damit läßt sich indes nicht dartun, warum die Legislative nur in verringertem Umfang an die Grundrechte gebunden sein soll. Wer auf den materiellen Hintergrund des gesetzlich geregelten Konflikts glaubt rekurrieren zu können, müßte sich schon jeweils der Detailanalyse stellen, welche Interessenkonflikte die Norm abdecken soll. Er könnte aber nicht die Augen davor verschließen, daß auch das öffentliche Recht sich solcher Kontroversen annimmt, und wäre daher gezwungen, auch dort den Gesetzgeber von der strikten Beachtung der Grundrechte freizustellen – ein Ergebnis, das sich fundamental gegen die ausdrückliche Anordnung des Art. 1 Abs. 3 GG wendet.

Zudem basiert die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung auf dem Schluß, die Parteien seien wegen der Privatautonomie und der durch sie zu verwirklichenden Freiheit bei der vertraglichen Gestaltung ihrer Beziehungen nicht gehalten, die Grundrechte zu beachten.<sup>102</sup> Folgt man dem,<sup>103</sup> so sind die Konsequenzen für den Zivilrichter nicht zu übersehen. Weil und soweit er solche vertraglichen Verhältnisse zu beurteilen hat, hat er das von den Parteien vereinbarte Recht anzuwenden. Insoweit ist die Ableitung der Drittwirkung aus der Bindung des Richters gemäß Art. 1

<sup>100</sup> *Grabitz*, Freiheit S. 48 mwN.; *Rüfner*, Festschrift für das Bundesverfassungsgericht II S. 455 Fn. 7; *Thielmann*, Verfügungen S. 50; *Jarass*, AöR 110, 376; i.E. auch *Raiser*, 46. Deutscher Juristentag II B 11.

<sup>101</sup> So insbesondere *Lerche*, ZHR 149, 167 Fn. 10; *Zöllner*, RDV 1985, 6, da das Gesetz dann nicht einen Eingriff des Staates, sondern eine Beeinträchtigung durch einen Privatmann vorsehe.

<sup>102</sup> Vgl. statt aller *Stern*, III/1 S. 1554f.; *Dürig*, Festschrift für Nawiasky S. 159; *ders.*, in *Maunz/Dürig* Art. 1 III, 130; *Grabitz*, Freiheit S. 49; ebenso z.B. *Bydliński*, Österr. ZföfFR XII, 442: mittelbare Drittwirkung als Ausdruck der zu schützenden Entscheidungsfreiheit.

<sup>103</sup> An diesem Punkt gehen die „mittelbare“ und die „unmittelbare“ Drittwirkung scheinbar auseinander: Wer der nur mittelbaren Bindung anhängt, muß den Vertrag als nichtheteronome Bindung verstehen; der Staat erkennt die Regelung dann nur an (vgl. etwa *Canaris*, AcP 184, 217ff.; *Stern*, III/1 S. 1551) für die Verfechter der abweichenden Ansicht liegt das Gegenteil nahe; die Bindung resultiert aus staatlicher Verleihung (vgl. etwa *Schwabe*, Drittwirkung S. 19f., 67ff.). – Es bleiben Fragen: einmal, ob man es bei der soeben geschilderten Dichotomie Delegations-/Anerkennungstheorie belassen sollte. Näher liegt es, anzunehmen, daß der Staat die Privatautonomie anerkennt, also nicht verleiht, sie aber als Pendant zum Verbot der Selbsthilfe mit seinem Sanktionensystem verstärkt (vgl. etwa BVerfGE 72, 302, 321: Das Vertrauen (sc. beim Vertragsschluß) ist darauf gerichtet, ... daß die staatliche Rechtsordnung bei Beachtung der von ihr vorgegebenen Regeln den Beteiligten im gerichtlichen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren zu Hilfe kommt, wenn ein Partner das in ihn gesetzte Vertrauen verletzt). Die ursprünglich autonome wird so in eine heteronome Bindung überführt (vgl. etwa *Radbruch*, Rechtsphilosophie S. 242f.). Zum anderen ist zweifelhaft, ob nicht die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte die Unterscheidung ohnedies obsolet macht; vgl. hierzu Fn. 95.

Abs. 3 GG<sup>104</sup> in der Tat zu kurz gegriffen.<sup>105</sup> Damit ist aber zugleich die Grenze des Ausnahmereichs markiert. Der Schluß, auch der Gesetzgeber sei nicht zur Beachtung der Grundrechte verpflichtet,<sup>106</sup> ist eine reine *petitio principii*. Der Legislative steht unstreitig die Privatautonomie als das die Freistellung von der Bindung tragende Argument nicht zur Seite. Sie kann die Garantie von Freiheit und Eigentum auch nicht dadurch mißachten, daß sie Eingriffsmöglichkeiten zugunsten eines Privaten schafft.<sup>107</sup> Die Freiheit des einzelnen, sich vertraglich festzulegen, entlastet den Gesetzgeber nicht von seiner Pflicht, die Grundrechte zu beachten.

So mag es dem Eigentümer freistehen, einem Dritten ohne Entgelt die Benutzung seiner Sache zu gestatten, damit dieser sie zu einem Kunstwerk verwende. Mit Privatautonomie hätte es aber nichts mehr zu tun, wenn der Gesetzgeber des BGB das private Eigentum unter einen „Kunstvorbehalt“ stellte<sup>108</sup> – etwa derart, es sei stets kostenlos zu überlassen, sofern es nur zu einer künstlerischen Arbeit verwendet werden solle. Es ist Ausdruck dieses Gedankens, daß das Bundesverfassungsgericht die Umgestaltung privatrechtlicher Ansprüche ohne weiteres der Überprüfung anhand der Grundrechte unterzogen hat.<sup>109</sup>

Handelt es sich aber nicht um ein Reservat der Privatautonomie, sondern um eine heteronome Regelung,<sup>110</sup> so ist an Art. 1 Abs. 3 GG nicht vorbeizukommen; er ist

<sup>104</sup> Schwabe, Drittwirkung S. 105 f.; ders., DVBl 1971, 690; zustimmend Steinbeiß-Winkelmann, S. 164 Fn. 68.

<sup>105</sup> BVerfGE 73, 261, 269; Stern, III/1 S. 1551; v. Münch, vor Art. 1, 33; Dürig, Festschrift für Nawiasky S. 157 f.; Leisner, Grundrechte S. 315; Schumann, Verfassungsbeschwerde S. 213 f.; Eckoldt-Schmidt, Legitimation S. 79 f.; Erichsen, Staatsrecht I S. 44; Bethge, Grundrechtskollisionen S. 400 mwN.; Hesse, Rdn. 353; Lerche, Innere Pressefreiheit S. 26 Fn. 45; ders., AfP 1973, 500; Hermes, Grundrecht S. 96; Rüfner, Gedächtnisschrift für Martens S. 220; Schnapp, JuS 1989, 7 f.

<sup>106</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 99–101.

<sup>107</sup> Vgl. schon BVerfGE 10, 302, 324 ff.: Unterbringung eines Mündels nur durch Richterspruch; die Zuweisung der Entscheidung an den Vormund durch privatrechtliches Gesetz kann an der Geltung des Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG nichts ändern. BVerfGE 35, 202, 221: Die in der Rechtsprechung zu Maßnahmen öffentlicher Gewalt entwickelten Grundsätze müssen entsprechend beachtet werden, wenn es sich um die gerichtliche Entscheidung über kollidierende Interessen nach einer Vorschrift des Privatrechts handelt. BVerfGE 52, 131, 171 ff. (dissenting opinion): Die Institute der straf- wie zivilrechtlichen Einwilligung sind parallel zu behandeln. BVerfGE 57, 361, 388: Der Staat muß bei Regelung der Privatrechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander übermäßige Belastungen des einen Ehegatten zugunsten des anderen vermeiden.

<sup>108</sup> Vgl. BVerfG NJW 1984, 1293, 1294.

<sup>109</sup> BVerfGE 42, 263, 292 ff.

<sup>110</sup> Es ist deshalb konsequent, wenn Verfechter der mittelbaren Drittwirkung gerade hier die Grenze ziehen: nur der rein privatautonom gesetzte Vertragsinhalt fällt aus der Grundrechtsbindung heraus; anderes gilt für die heteronome Regelung durch zwingendes oder dispositives Recht sowie für die ergänzende Auslegung anhand des Maßstabes „eines solchen“ Vertrages, bei der im Ergebnis ungeschriebenes dispositives Recht ermittelt wird; vgl. hierzu Canaris, AcP 184, 212–216, insbesondere Fn. 52; ders., AcP 185, 10; zweifelnd Medicus, AT Rdn. 693; vgl. hierzu noch unten § 3 III 3b.

Sach-, nicht nur Geltungsnorm.<sup>111</sup> Als vom Gesetzgeber statuiertes Recht unterliegen die bürgerlich-rechtlichen Normen der Grundrechtsbindung, die insoweit natürlich auch von den Gerichten zu beachten ist. Die Maximen, die eine Freistellung von dieser Pflicht gestatten, gelten in diesem Feld gerade nicht<sup>112</sup>.

An der Sache vorbei geht schließlich das Argument, das Privatrechtssubjekt sei den Grundrechten nicht unterworfen, daher sei es auch der Gesetzgeber nicht<sup>113</sup>. Auch öffentlich-rechtliche Gesetze können Private begünstigen, ohne sie deshalb zum Grundrechtsadressaten zu machen. Der Ansatz ist ohnedies falsch gewählt; der Bürger ist immer nur Grundrechtssubjekt.<sup>114</sup>

(3) Man hat zu unterscheiden versucht zwischen Normen, die eine Beeinträchtigung der Grundrechte eines Beteiligten indizierten und solchen, die sie lediglich in Kauf nähmen. So sei der früher vorgesehene Stichentscheid des Ehemanns dem Gesetzgeber zuzurechnen; anders sei es dagegen zu werten, wenn jemand von einer gesetzlich vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit verfassungswidrigen Gebrauch mache.<sup>115</sup> Das führt nicht weiter. Unklar ist schon die Grenzziehung zwischen Indizierung und In-Kauf-Nehmen durch den Gesetzgeber. Man kommt darüber hinaus – und darin liegt der entscheidende Gedanke – zu in sich unstimmigen Ergebnissen. Eine Kündigungsbeschränkung für ein Mietverhältnis verstößt gegen Art. 14 GG, wenn sie die privatnützige Verwendung des Eigentums zu sehr hindert.<sup>116</sup> Räumte man stattdessen – mit demselben praktischen Ergebnis – dem Mieter die Befugnis ein, die Fortsetzung des Mietverhältnisses zu verlangen, so läge nur ein im speziellen Fall verfassungswidriger Gebrauch vor, der nach den geschilderten Grundsätzen dem Gesetzgeber nicht zurechenbar wäre, da das Gestaltungsrecht in seinem sonstigen weiten Anwendungsfeld der Verfassung standhält. Daß eine solche Differenzierung nicht trägt, liegt auf der Hand. Die Kollision einer Norm mit höherrangigem Recht lediglich in Randbereichen ist dem Gesetzgeber genauso anzulasten wie die gänzliche Verfassungswidrigkeit. Man hat auf den partiellen Verstoß in anderer Weise zu reagieren. Die Norm ist nur teilweise für nichtig zu erklären bzw. verfassungskonform auszulegen.

#### d) Die Schutzpflichten

Die Verfassung begründet nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat; zu ihrer Durchsetzung obliegen dem Gesetzgeber auch Schutzpflichten.<sup>117</sup> Ob man diese aus

<sup>111</sup> Anders *Grabitz*, Freiheit S. 48 Fn. 120.

<sup>112</sup> Anders *Rupp*, Verfassungsrecht und Kartelle S. 199.

<sup>113</sup> Z. B. *Reuter*, Kindesgrundrechte S. 76.

<sup>114</sup> *Achterberg*, JZ 1975, 717.

<sup>115</sup> *Eckoldt-Schmidt*, Legitimation S. 81 f.; *Schwabe*, Drittwirkung S. 149, auf den sich *Eckoldt-Schmidt* bezieht, entscheidet freilich auch beim Prüfungsmaßstab des Art. 3 GG anders, nämlich iS einer Bindung des Gesetzgebers.

<sup>116</sup> Beispiel ist BVerfGE 52, 1, 18 ff.

<sup>117</sup> BVerfGE 39, 1, 41 ff.; 46, 160, 164; 49, 89, 142; 53, 30, 57 f.; 53, 164, 182 mwN.; 56, 54, 73, 80; 57, 250, 284 f.; 66, 39, 61; 73, 118, 201; 77, 170, 214, 229; 77, 381, 402 f.; BVerfG NJW



der objektiven Wertordnung abzuleiten<sup>118</sup> oder aber als subjektives Recht zu begreifen hat,<sup>119</sup> mag hier unentschieden bleiben.

Man hat das Konzept auch für die Drittwirkung fruchtbar gemacht.<sup>120</sup> Ist der Gesetzgeber in Fällen intensiver Bedrohung eines Rechtsguts sogar verpflichtet, strafrechtliche Sanktionen anzuordnen,<sup>121</sup> so muß er – falls erfolgversprechend – erst recht das weniger einschneidende zivilrechtliche Instrumentarium zum Schutz heranziehen.<sup>122</sup> Dogmatik und Wirkung auf das private Vertragsrecht sind hier nicht im einzelnen auszuloten.<sup>123</sup> Die Kategorie der Schutzpflichten führt jedenfalls nicht zu einer Mediatisierung der Grundrechtsbindung des *Zivilgesetzgebers*, die privatrechtliche Normen anderen Maximen zu unterstellen in der Lage wäre als öffentlich-rechtliche Vorschriften.

(1) Der Verpflichtung, auf Gefährdungen zu reagieren und dem beeinträchtigten Grundrecht Schutz zu gewähren, wird keineswegs nur durch den Erlass bürgerlich-rechtlicher Normen Genüge getan, mag auch einer zivilrechtlichen Sanktion infolge ihrer verglichen mit einem Straftatbestand meist verringerten Eingriffstiefe schon wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips oft der Vorzug zu geben sein. Angesichts einer intensiven Bedrohung kann sich der Auftrag an die Legislative derart verdichten, daß sie gehalten ist, den Eingriff des Dritten unter Strafe zu stellen. Mit anderen Worten: Das Untermaßverbot als Charakteristikum der Schutzpflicht<sup>124</sup> beschränkt sich nicht auf zivilrechtliche Normen, sondern gilt auch und gerade für öffentlich-rechtliche Gesetze. Eine reduzierte Bindung des Gesetzgebers wäre ein durchgängiges Phänomen, müßte von einer allgemeinen Grundrechtslehre aufgefangen werden und ließe sich aus einer Sonderstellung des Privatrechts nicht erklären, geschweige denn rechtfertigen.

1983, 2931, 2932; BGHZ 102, 350, 365; EGMR NJW 1985, 2075; weitere Nachw. bei *Murswiek*, JuS 1985, 905; einige Bemerkungen zur Geschichte bei *Jarass*, AöR 110, 373 f.

<sup>118</sup> So etwa BVerfGE 39, 1, 41.

<sup>119</sup> *Canaris*, AcP 184, 227, der zu Recht darauf hinweist, daß das Bundesverfassungsgericht (E 46, 160, 163) im Prinzip diese Sicht zugrunde legt, da es eine auf Beachtung der Schutzpflichten gestützte Verfassungsbeschwerde ohne weiteres als zulässig ansieht; *Novak*, EuGRZ 1984, 139; vgl. ferner *Alexy*, Theorie S. 485 f.; *Jarass*, AöR 110, 377.

<sup>120</sup> *Canaris*, AcP 184, 225 ff.; *ders.*, JuS 1989, 163; *Stern*, III/1 S. 1560 f., 1572 f.; *Hesse*, Rdn. 349; *Gallwas*, Grundrechte S. 63 f.; *Alexy*, Theorie S. 488; *Friesenhahn*, 50. Deutscher Juristentag II G 27; *Zöllner*, RDV 1985, 9; *Badura*, DB 1985 Beilage 14 S. 6 mit Fn. 37; *ders.*, Festschrift für Molitor S. 9; die abweichende Ansicht *Isensees*, Sicherheit S. 35 spielt jedenfalls für die Bindung des Gesetzgebers keine Rolle; vgl. dazu etwa *Rauschnig*, VVDStRL 38, 182 f.; anders wohl *Jarass*, AöR 110, 377 Fn. 76, der trotz gleicher Terminologie im Ergebnis nur die objektive Komponente für tragend hält.

<sup>121</sup> BVerfGE 39, 1, 46 f.

<sup>122</sup> *Canaris*, AcP 184, 227; vgl. als Beispiel BVerfGE 73, 118, 201: Funktionsfähiges Recht auf Gegendarstellung.

<sup>123</sup> Vgl. dazu z. B. *Canaris*, AcP 184, 225 ff.

<sup>124</sup> *Canaris*, AcP 184, 228; *ders.*, JuS 1989, 163; zustimmend etwa *Jarass*, AöR 110, 383. – Die Funktionsgleichheit von privatem und öffentlichem Recht beim Schutz etwa des Eigentums betont z. B. BVerfGE 50, 282, 286 mwN.

(2) Schutzpflichten haben ihren Wirkungsbereich, wo nicht der Staat eingreift, die Beeinträchtigung vielmehr von Dritten ausgeht<sup>125</sup>. Daran scheint sich eine theoretisch klare Definition des gesetzgeberischen Spielraums anbinden zu lassen. Gilt es, den Bereich möglicher Regelungen zu entfalten, so ist eine Schranke der Gestaltungsfreiheit der Legislative das Abwehrrecht des ersten Betroffenen, die Schutzpflicht zugunsten seines Widerparts die andere Barriere;<sup>126</sup> bei dieser steht dem Gesetzgeber jedoch wesentlich weiteres Ermessen zu als im Bereich des Abwehrrechts.<sup>127</sup> Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dem Staat sei nicht jede erlaubte Tätigkeit eines Bürgers anzulasten;<sup>128</sup> gerade darin unterschieden sich die beiden Grenzen legislativer Gestaltungsmöglichkeit.

Das begrifflich so eingängige Modell – das freilich asymmetrisch dem Eingreifen den größere Freiräume konzidiert als seinem Gegner – hat jedoch seine Tücken. Schwierig kann schon die Abgrenzung werden. Verletzt z.B. ein unbeschränktes Vertretungsrecht der Eltern, das es ihnen gestattet, ihr Kind bis weit ins Erwachsenenalter hinein mit übermäßigen Verbindlichkeiten zu beschweren, die Handlungsfreiheit des Vertretenen,<sup>129</sup> so kann man die Fragestellung an zwei Punkten festmachen. Das Abwehrrecht ist tangiert, soweit man die legislatorische Entscheidung des § 1629 BGB in den Mittelpunkt rückt, den Eltern eine nahezu schrankenlose Vertretungsmacht zuzubilligen. Der Blickwinkel verschiebt sich, wollte man den Akzent auf eine nicht hinreichende Ausformung der §§ 1643, 1822 BGB zugunsten des Kindes legen – ein jedenfalls dann eingängiger Weg, wenn man den vorrechtlichen Charakter der Vertretungsmacht betont, die der Gesetzgeber als Ausfluß des elterlichen Erziehungsrechts lediglich rezipiert habe.<sup>130</sup> Es ist zumindest zweifelhaft, ob sich an solch eher formale Differenzen Unterschiede in der Prüfungsichte anschließen können.

Dennoch will man insbesondere im Verwaltungsrecht umfassende Konsequenzen aus der Ansicht ableiten, der Staat habe in Erfüllung der ihm aufgegebenen Schutzpflicht weitergehende Freiheiten als dort, wo das Grundrecht als Abwehrrecht tangiert sei. Der belastende Eingriff bei einer Immission wie bei einem Bauwerk sei für den Nachbarn lediglich faktischer Art; die Verwaltung sei bei der Erteilung der

<sup>125</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; *Canaris*, AcP 184, 226; *Jarass*, AöR 110, 378 ff.

<sup>126</sup> Vgl. z. B. *Jarass*, AöR 110, 383 ff.

<sup>127</sup> *Jarass*, AöR 110, 382, 383 ff.; *Zöllner*, RDV 1985, 10; nicht eindeutig *Hesse*, Rdn. 350, auf den sich *Zöllner* beruft.

<sup>128</sup> So etwa *Stern*, III/1 S. 1551 f.; *Alexy*, Theorie S. 417 f.; *Canaris*, AcP 184, 230; *ders.*, AcP 185, 10; *Hermes*, Grundrecht S. 86 ff., 219 ff.; a. A. *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik S. 46 ff., 215; *ders.*, AcP 185, 7; *Murswiek*, Risiken S. 93, 95; *ders.*, JuS 1985, 905 mwN. in Fn. 2; *ders.*, WuV 1986, 183 f.; wohl auch *Steinbeiß-Winkelmann*, S. 164 Fn. 68.

<sup>129</sup> BVerfGE 72, 155, 170 ff.

<sup>130</sup> Vgl. statt aller *Maunz*, in *Maunz/Dürig* Art. 6, 22, 24 a. – Auch § 1934 c BGB war nicht anhand eines reduzierten Maßstabes zu überprüfen, obgleich es bei der Norm um eine – nicht hinreichende – Ausformung des Schutzauftrags des Art. 6 Abs. 5 GG ging. Da dem Verfassungsgebot nicht genügt wird, ist die Norm nichtig (BVerfGE 74, 33, 38 ff.).

Genehmigung nur gehalten, die Schutzpflicht als Ausfluß des objektiven Ordnungsprinzips des Grundrechts zu beachten.<sup>131</sup>

Der dogmatische Gewinn ist gering: Vordergründig ist es schon, wenn man glaubt, durch die im Vergleich zum Abwehrrecht reduzierte Wirkung der Schutzpflicht erklären zu können, warum der Nachbar sich nur bei schwerer und unerträglicher Beeinträchtigung auf Art. 14 GG soll berufen können.<sup>132</sup> Genausogut taugt hier das Abwehrrecht: Es wird nicht durch jeden Verstoß gegen ein einfaches Gesetz tangiert, sondern erst, soweit mit ihm eine übermäßige Belastung verknüpft ist.<sup>133</sup>

Die Stoßkraft verfassungsrechtlicher Garantien zu verringern – immerhin verbunden mit der Gefahr, die öffentliche Gewalt könnte durch Erlaubnis faktischer Eingriffe Dritter, die nur beschränkt am Grundgesetz überprüft würden, die Position des Betroffenen gegenüber direkten Beeinträchtigungen durch den Staat empfindlich verschlechtern – bedürfte eingehender Begründung, sollte die Reduzierung der Grundrechtsbindung mehr besagen als den Hinweis, auch das Grundrecht des Beeinträchtigenden gehe in die Abwägung mit ein und sei mit der Position des Betroffenen auszutarieren. Folgerichtig ist das Bundesverfassungsgericht vom Blickwinkel der Schutzpflicht auf den Aspekt des Abwehrrechts übergeschwenkt: Indem der Staat Einwirkungen genehmige, übernehme er die eigene (Mit-)Verantwortung für die Beeinträchtigung; deswegen seien Maßstäbe anzulegen, wie sie für Eingriffsgesetze verbindlich seien.<sup>134</sup>

Nur formal ist die Differenz zwischen einer Duldungspflicht kraft Verwaltungsakts und kraft Gesetzes, zumal wenn jener – wie bei der Baugenehmigung<sup>135</sup> – lediglich die Rechtslage feststellt, die aus den einschlägigen Normen folgt. Das

<sup>131</sup> Vgl. etwa *Kopp*, VwGO § 42, 65; *Schwerdtfeger*, NVwZ 1982, 7 ff.; *Jarass*, AöR 110, 382; a. A. *Schwabe*, NVwZ 1983, 523 ff.; *Steinberg*, NJW 1984, 462: Abwehranspruch.

<sup>132</sup> *Schwerdtfeger*, NVwZ 1982, 8 f.; *Jarass*, AöR 110, 382.

<sup>133</sup> *Schwabe*, NVwZ 1983, 523; ausdrücklich unter dem Aspekt des Abwehrrechts etwa BVerwGE 50, 282, 288. Auch ein so entschiedener Gegner der Zurechnung der Eingriffe Privater als eines staatlichen Handelns wie *Hermes* löst die Kollision anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit Rücksicht auf die Interessen des Eingreifenden (Grundrecht S. 251 ff., 253 ff., 256). Damit verschwimmen die Unterschiede zu einer Lösung unter dem Aspekt konfligierender Abwehrrechte; auch dort ist natürlich der Gestaltungsprimat der Legislative und der damit verbundene Spielraum zu respektieren.

<sup>134</sup> BVerfGE 53, 30, 57 f.; 56, 54, 80; BGHZ 102, 350, 365; ebenso i. E., wenngleich unter Rüge der Formulierung *Schwabe*, NVwZ 1983, 525; *Steinberg*, NJW 1984, 462; a. A. *Jarass*, AöR 110, 382; *Hermes*, Grundrecht S. 88 ff. mwN. – Ebenso liegt die Problematik im Urheberrecht: Indem der Staat die Verwertung durch Dritte erlaubt, greift er in das Recht des Autors ein, weswegen das Bundesverfassungsgericht lediglich den Eingriffsaspekt untersucht (BVerfGE 49, 382, 398 ff.). – Die Gefahr, die Grundrechtsbindung könne durch Beauftragung Privater umgangen werden, hat auch BVerfGE 10, 302, 324 f. bewogen, Art. 104 Abs. 2 GG bei Unterbringung des Mündels heranzuziehen (vgl. Fn. 107).

<sup>135</sup> So die h. M.; vgl. etwa BVerwGE 16, 116, 120, 22, 129, 133; BRS 16, 211; 18, 84; 18, 185; 18, 186; BGH NJW 1982, 1394, 1395; *Simon*, BayBO Art. 74, 3; a. A. *Friauf*, in v. Münch III 3b = S. 558.

Kriterium einer zwischengeschalteten staatlichen Genehmigung könnte divergieren – die Prüfungsmaßstäbe nicht rechtfertigen.

Daß beide Komponenten fungibel sind, wird augenfällig gerade bei der Abgrenzung der Rechte zweier Eigentümer. Der Befugnis des einen entspricht die Duldungspflicht des anderen; betroffen ist das Abwehrrecht, aber auch die Schutzpflicht.<sup>136</sup>

Wird beim Eigentum die Grenze durch den Gesetzgeber meist exakt gezogen, so eröffnen Generalklauseln einen umfassenden Bereich, der rechtlich nicht besetzt ist; insofern kann dahingestellt bleiben, ob jede Handlung eines Privaten dem Staat als Eingriff zuzurechnen ist.<sup>137</sup> Das ändert sich, sobald man sich dem – rechtlich relevanten – Grundrechtsbereich eines Partners nähert. Der Konkretisierungsprimat mag vom Gesetzgeber auf das Gericht verschoben sein, mit dessen Urteil werden die Sphären aber ebenso abgegrenzt, wie dies durch ein Gesetz geschähe.<sup>138</sup> Konsequenterweise differenziert das Bundesverfassungsgericht in der Kontrolldichte nicht zwischen einem Urteil, das der Klage stattgibt und so die Meinungsäußerung verbietet, und einer Klageabweisung, die dem Kläger zumutet, den Eingriff zu dulden.<sup>139</sup>

(3) Der Frage bis in die letzten Verästelungen nachzugehen ist hier unnötig. Die §§ 892 f., 932 ff. BGB reagieren nicht auf einen rein faktischen Eingriff eines Dritten, im Gegenteil: Sie ordnen das Eigentum unmittelbar zu, so daß für den bisher Berechtigten jedenfalls das Grundrecht als Abwehrrecht betroffen ist. Nur wenn man behaupten wollte, die Vorschriften gingen zugunsten des Erwerbers nicht weit genug, wäre Platz für den Schutzaspekt – eine Ansicht, die unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel bisher nicht vorgetragen wurde und die wohl ernstlich nicht zu erwägen ist.

(4) Die dogmatisch noch nicht umfassend abgesteckte Kategorie der Schutzpflichten verführt indes allzu leicht dazu, den Schutz durch das Grundgesetz zu verringern – so etwa, wenn man glaubt, dem Problem der Verfassungsbindung des Zivilgesetzgebers dadurch gerecht werden zu können, daß man nur die generelle Pflicht statuiert, die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG abzusichern.<sup>140</sup> Die Schutzwirkung wäre dadurch entscheidend reduziert, wollte man die bürgerlich-rechtli-

<sup>136</sup> *Isensee*, Sicherheit S. 50 f.; ebenso *Canaris*, AcP 184, 230 für die benannten Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB, da er insoweit von Eingriffsbefugnissen der Privatleute ausgeht.

<sup>137</sup> Ablehnend z. B. *Canaris*, AcP 184, 230; *Alexy*, Theorie S. 417 f.

<sup>138</sup> Ebenso im Ergebnis *Schlink*, EuGRZ 1984, 464; a. A. vor allem *Canaris*, AcP 184, 230, da bei einem durch Abwägung im Einzelfall erst festzustellenden Rechtswidrigkeitsurteil mangels einer tatbestandlich fest umrissenen Schutzsphäre nicht von der Erteilung einer „Befugnis“ die Rede sein könne, sondern nur von einer Verweigerung des Deliktsschutzes.

<sup>139</sup> Vgl. einerseits BVerfGE 7, 198, 203 ff.; andererseits BVerfGE 35, 202, 245; 66, 116, 131 (der auf S. 135 erfolgte Rückgriff auf die objektive Komponente ist demgegenüber unnötig; vgl. oben § 3 III 2 b (2)).

<sup>140</sup> v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 199; *Starck*, JuS 1981, 244. – Wie sich aus der Verweisung in v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 141 ergibt, sieht *Starck* keinen Unterschied zwischen der Wirkung im vertraglichen Bereich und bei Gesetzen; ähnlich *Maunz/Zippelius*, Staatsrecht § 18 II.

chen Normen nicht mehr an den Grundrechten messen. Die benannten Garantien der Art. 2ff. GG gehen über den durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährten Standard hinaus; das hat die Diskussion über die Zulässigkeit verfassungsändernder Gesetze, die zwar gemäß Art. 79 Abs. 3 GG über die Art. 2ff. GG, nicht jedoch über Art. 1 Abs. 1 GG disponieren können, in aller Deutlichkeit gezeigt.<sup>141</sup>

Es wäre mit zu kleiner Münze gemessen, die Scheidungsfolgen – etwa die Unterhaltspflicht nach § 1579 Abs. 2 a.F. BGB auch bei grober Unbilligkeit<sup>142</sup> – als Verstoß gegen die Menschenwürde einzustufen. Mit dem Schutzauftrag des Gesetzgebers als solchem ließe sich das Problem ebenfalls nur schwer lösen; er ist tätig geworden, wenn auch möglicherweise zu weit gegangen. Man kommt um die Kontrolle anhand der benannten Grundrechte nicht herum.

#### e) Der Konkretisierungsprimat der Legislative

Daß der Gesetzgeber zweifellos zur Konkretisierung der Verfassung berufen ist, daß ihn aber dieser Auftrag nicht von der Beachtung höherrangigen Rechts freistellt, wurde schon gezeigt.<sup>143</sup> Um so weniger überzeugt es, daß gerade aus dieser Funktion folgen soll, der bürgerlich-rechtliche Normgeber müsse die Grundrechte nicht beachten.<sup>144</sup> Wenn es seine Aufgabe ist, ein operationales Konzept praktischer Konkordanz zu finden,<sup>145</sup> muß man sich die Voraussetzungen eines solchen Ausgleichs vergegenwärtigen. Er kann nur erzielt werden, wenn man alle Grundrechte in die Abwägung einstellt, ihnen also gerade zu optimaler Wirksamkeit verhilft.<sup>146</sup>

#### f) Die Intensität der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht

Bekanntlich betrachtet es das Bundesverfassungsgericht nicht als seine Aufgabe, jede unrichtige Anwendung einfachen Rechts zu korrigieren. Ihm obliegt es lediglich, die Beachtung grundrechtlicher Normen und Maßstäbe durch die Gerichte sicherzustellen.<sup>147</sup> Daraus eine weniger nachhaltige Grundrechtsbindung speziell des Zivilgesetzgebers ableiten zu sollen, ginge aufs neue fehl.

Ein Unterschied zur Überprüfung öffentlich-rechtlicher Normen, etwa strafrechtlicher Sanktionen, liegt darin gerade nicht; es ist konsequent, daß sich das Bundesverfassungsgericht auch bei der Kontrolle strafgerichtlicher Urteile weigert,

<sup>141</sup> Vgl. statt aller BVerfGE 30, 1, 24 ff.

<sup>142</sup> Vgl. etwa BVerfGE 57, 361, 387 f.

<sup>143</sup> Vgl. oben § 3 II 3.

<sup>144</sup> So *Rupp*, AöR 101, 169; deutlich *ders.*, Verfassungsrecht und Kartelle S. 199; nicht ganz so eindeutig *ders.*, Demokratie und Verwaltung S. 626; ähnlich *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 200.

<sup>145</sup> *Rupp*, AöR 101, 171.

<sup>146</sup> Vgl. vorläufig *Hesse*, Rdn. 317 ff., insbesondere 318 und dazu genauer unten § 3 IV 3.

<sup>147</sup> Vgl. etwa BVerfGE 42, 163, 168; 66, 116, 131; 67, 213, 223; 73, 261, 269; 75, 201, 221; 75, 301, 313 f.; 75, 369, 376; 76, 143, 161; BVerfG NJW 1986, 1923; 1988, 328; 1988, 3009; 1989, 519, 520; WM 1989, 341, 343 f. jeweils mwN. Weiter geht die Kontrolle bei richterlicher Rechtsfortbildung (BVerfGE 73, 261, 269); sie richtet sich ferner nach der Intensität des Eingriffs (z. B. BVerfGE 66, 116, 131; BVerfG NJW 1988, 328 f.).

sich in die Rolle einer „Superrevisionsinstanz“ drängen zu lassen und entsprechende Zurückhaltung übt.<sup>148</sup> Die Grundrechtsbindung als Ganzes wird durch diese Rechtsprechung nicht in Frage gestellt. Würde die vom Gericht gefundene Konkretisierung des Gesetzes bzw. der Generalklausel als explizite Norm formuliert gegen die Grundrechte verstoßen, ist jedenfalls die Aufhebung durch das Bundesverfassungsgericht indiziert.<sup>149</sup> Nichts anderes meint die Formel, die Schwelle, ab der das Gericht zu korrigieren habe, sei erreicht, wenn die Entscheidung der Zivil- oder Strafgerichte Auslegungsfehler erkennen lasse, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung des Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhten.<sup>150</sup>

Zu einer abgeschwächten Grundrechtsbindung, konstruktiv bewältigt durch eine Reduktion der Kontrolldichte, scheint zu tendieren, wer die Drittwirkungsproblematik auf eine spezifisch rechtsprechungsbezogene Lösung zurückschneiden will: Der einzelne habe weder ein Recht darauf, daß die Ergebnisse der Rechtsprechung in allen Punkten grundrechtsgemäß, noch daß sie schlechthin richtig seien, sondern nur den Anspruch, daß den für seine Position sprechenden grundrechtlichen Positionen im gebotenen Maß Rechnung getragen werde.<sup>151</sup> Spätestens in der abstrakten Normenkontrolle muß eine solch versubjektivierte Konstruktion an ihre Grenzen stoßen; es geht um die Vereinbarkeit des Gesetzes mit höherrangigem Recht, und zwar mit jedem höherrangigen Recht.

#### g) Die Kollisionsproblematik

Schließlich ist es auch keine Besonderheit des Privatrechts, daß sich zwei Grundrechtsträger gegenüberstehen.<sup>152</sup> Konflikte zwischen den Freiheitssphären mehrerer

<sup>148</sup> *Canaris*, JuS 1989, 162 f.; vgl. als Beispiele etwa BVerfGE 43, 130, 135 unter Berufung auf BVerfGE 18, 85, 92, wo es um ein zivilgerichtliches Urteil ging; ebenso BVerfGE 67, 213, 223 unter Berufung auf BVerfGE 66, 116, 131; ferner BVerfGE 36, 264, 271 (Untersuchungshaft); 72, 105, 115 (Strafvollzug) unter Berufung auf BVerfGE 18, 85, 92, 93. – Unterschiede können aus der abgestuften Eingriffstiefe resultieren; vgl. etwa BVerfGE 67, 213, 223; 75, 201, 221 f.; BVerfG NJW 1989, 519, 520. – Zumindest mißverständlich ist daher BVerfGE 73, 261, 269, das den Anschein erweckt, als sei die reduzierte Prüfungsdichte alleiniges Spezifikum des Privatrechts. Hier wird das Problem der „Superrevisionsinstanz“ mit der Wirkung der Grundrechte vermengt.

<sup>149</sup> BVerfGE 69, 188, 205 (für eine steuerrechtliche Regelung); *Schumann*, Verfassungsbeschwerde S. 207; *Schnapp*, JuS 1989, 8, der nur von Zivilgerichten spricht, sich jedoch auf BVerfGE 32, 373 und 36, 264 bezieht – Entscheidungen, in denen es um Beschlüsse von Instanzgerichten ging, die strafprozessuale Maßnahmen betrafen.

<sup>150</sup> Vgl. etwa BVerfGE 66, 116, 131; BVerfG WM 1989, 341, 343 f. – Ob das zusätzliche Erfordernis, die (fehlerhafte) Auffassung des Fachgerichts müsse in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sein (so etwa BVerfGE 66, 116, 131; BVerfG WM 1989, 341, 343 f.), zu Recht aufgestellt ist, mag hier dahinstehen. Soweit das Bundesverfassungsgericht die Prüfungsintensität des Gewichts des Eingriffs wegen verschärft, gibt es keinen strukturellen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht; vgl. unten § 3 IV 3 c am Anfang.

<sup>151</sup> *Alexy*, Theorie S. 489.

<sup>152</sup> So aber *Dürig*, in Maunz/Dürig Art. 3 I, 513; *Rupp*, Macht und ökonomisches Gesetz S. 1266.

Betroffener finden sich in gleicher Weise im klassischen Subordinationsbereich, etwa im Straf-, Polizei- und Sozialrecht.<sup>153</sup> Derartige Konflikte sind für das Zivilrecht nur besonders typisch.<sup>154</sup> Die Bindung des Gesetzgebers mündet ein in die allgemeine Kollisionsproblematik.<sup>155</sup>

Demonstrieren läßt sich das am Wallraff-Beschluß: Trotz der vorangegangenen Beteuerung, privatrechtliche Vorschriften bedingten eine besondere Gewichtung, unterscheidet sich die Abwägung in nichts von der Auflösung sonstiger Kollisionen.<sup>156</sup> Es nimmt daher nicht wunder, daß im Beschluß über den Anachronistischen Zug – dort wurde ein Strafurteil überprüft – auf die Prinzipien des Mephisto-Urteils – in dem es um die Kontrolle eines Zivilurteils ging – zurückgegriffen wird, ohne daß ein prinzipieller Unterschied behauptet oder gar nachgewiesen wurde.<sup>157</sup>

### 3. Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte – die direkte Drittwirkung

So ist es nur konsequent, wenn die Anhänger der mittelbaren Drittwirkung in ihrer Mehrzahl bürgerlich-rechtliche Gesetze den für Normen geltenden Kontrollregeln unterwerfen.<sup>158</sup> Auch die Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, folgt dem in einer Reihe von Entscheidungen gerade jüngeren Datums.<sup>159</sup> Sie trifft sich insoweit mit den Verfechtern der unmittelbaren Bindung, für die das Ergebnis ohnedies vorgezeichnet ist: Ist schon eine vertragliche Vereinba-

<sup>153</sup> BVerfGE 39, 1, 47; *Rüfner*, Festschrift für das Bundesverfassungsgericht II S. 472 mit zahlreichen Beispielen; *ders.*, Gedächtnisschrift für Martens S. 221; *Schwabe*, JR 1975, 15; *Krause*, JZ 1984, 662; *Canaris*, AcP 184, 212; *ders.*, JuS 1989, 162; insofern ist die Ansicht *Henkes* (oben Fn. 99) konsequent, wenn auch vom Ansatz her nicht zu billigen; vgl. hierzu auch *Krause*, JZ 1984, 657 mit Fn. 17.

<sup>154</sup> *Jarass*, AöR 110, 378; *Canaris*, JZ 1987, 993; *ders.*, JuS 1989, 163.

<sup>155</sup> Vgl. dazu genauer unten § 3 IV.

<sup>156</sup> BVerfGE 66, 116, 136 ff.

<sup>157</sup> BVerfGE 67, 213, 224 unter Hinweis auf BVerfGE 30, 173, 188 f.; ähnlich BVerfGE 77, 240, 253 f. ebenfalls unter Zitierung von BVerfGE 30, 173, 189.

<sup>158</sup> *Stern*, III / I S. 1551, 1563, 1565 ff., 1578 f.; *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 158; *Hesse*, Rdn. 355; *Badura*, Staatsrecht C 21; *Rüfner*, Festschrift für das Bundesverfassungsgericht II S. 455; *Berka*, Medienfreiheit S. 90; *Schwerdtfeger*, NVwZ 1982, 8; *Krause*, JZ 1984, 659; *Canaris*, AcP 184, 212 f.; *ders.*, JZ 1987, 993; *ders.*, JuS 1989, 162 f.; *Pieroth/Schlink*, Rdn. 207; *Jarass*, NJW 1989, 861; *Larenz*, AT § 4 III; ebenso diejenigen, die das Problem aus der Drittwirkung ausgeklammert haben; vgl. Nachweise in Fn. 10; uneinheitlich *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 395 einerseits, S. 387 Fn. 475 andererseits.

<sup>159</sup> Vgl. etwa BVerfGE 10, 59, 66 ff.; 11, 277, 280 f.; 14, 263, 273 ff.; 18, 121, 124 ff.; 22, 93, 96 ff.; 31, 58, 68 ff.; 47, 85, 93 ff.; 50, 290, 322 ff.; 53, 257, 289 ff.; 59, 104, 114 ff.; 60, 79, 88 ff.; 60, 329, 338 ff.; 61, 358, 371 ff.; 62, 256, 274 ff.; 63, 88, 108; 63, 181, 194 ff.; 64, 180, 187 ff.; 65, 297, 298, 303 ff.; 66, 84, 93 ff.; 66, 324, 329; 67, 329, 340 ff.; 68, 176, 185 ff.; 68, 319, 327 ff.; 68, 361, 367 ff.; 68, 384, 390; 69, 248, 253; 70, 115, 122 ff.; 70, 134, 136; 71, 230, 246; 71, 364, 383; 72, 122, 138 ff.; 74, 33, 38 ff.; 75, 201, 217 ff.; 76, 126, 128 ff.; 77, 263, 270; BVerfG NJW 1986, 1321, 1322; 1987, 313; 1989, 519 f.; bei der Konkretisierung der §§ 823 Abs. 1, 826, 1004 Abs. 1 BGB z.B. BVerfGE 60, 234, 239 ff.; 61, 1, 7 ff.; 66, 116, 138 ff.; 68, 226, 229 ff.; bei der Konkretisierung des § 1 UWG BVerfGE 62, 230, 243 ff.; bei der Überprüfung gesetzesvertretenden Richterrechts BVerfGE 59, 231, 257 ff.; vgl. ferner etwa BGH NJW 1985, 2469, 2470.

rung der direkten Kontrolle anhand der Verfassung zu unterziehen, so auch und erst recht die vom Gesetzgeber erlassene, die Beteiligten heteronom bindende Regelung.<sup>160</sup>

a) Der nichtrechtsgeschäftliche Bereich

Selbstverständlich ist das für den nichtvertraglichen, insbesondere den deliktischen Bereich. Dort hängt es ohnehin oft nur von der gesetzlichen Regelungstechnik ab, ob das Problem öffentlich- oder privatrechtlich normiert ist. In diese Gruppe gehören die Vorschriften über den redlichen Erwerb. Zwar knüpfen sie an den Abschluß eines Rechtsgeschäfts an, nämlich die Übertragung von Eigentum bzw. die Einräumung eines dinglichen Rechts. Der Vertrag wird jedoch nicht zwischen denjenigen geschlossen, deren Interessen die §§ 892 ff., 932 ff. BGB austarieren wollen. Der Rechtsverlust des bisherigen Eigentümers ist vielmehr kraft gesetzlicher Anordnung an einen privatautonomen Akt gekoppelt, an dem er nicht beteiligt ist.

b) Zwingendes und dispositives Recht im rechtsgeschäftlichen Bereich

Dieselben Grundsätze gelten für den vertraglichen Sektor, jedenfalls soweit dort zwingendes oder dispositives Recht – einerlei ob in geschriebener oder in ungeschriebener Form – anwendbar ist.

Zwingendes Recht gilt unabhängig davon, ob sich die Parteien auf seine Einbeziehung verständigt haben; eine abweichende Abrede ist nichtig, sie kann allenfalls zur Unwirksamkeit des gesamten Geschäfts führen.<sup>161</sup> Auch insofern greift also das tragende Argument der Verfechter der mittelbaren Drittwirkung, es sei die Freiheit der Parteien, von den Grundrechtssätzen abzuweichen,<sup>162</sup> zu kurz. Die Partner konnten sich dieser Regelung gerade nicht entziehen. Ihr Freiheitsraum ist durch staatlichen Befehl eingengt; daß er der „Privatnützigkeit“ zugunsten eines anderen Teilnehmers am Privatrechtsverkehr wegen ausgesprochen wurde, ändert daran nichts.<sup>163</sup> Folgerichtig prüfte das Bundesverfassungsgericht § 1579 Abs. 2 a. F. BGB anhand der Grundrechte – ungeachtet der Tatsache, daß hier „nur“ das Rechtsverhältnis zwischen zwei Privatleuten geregelt wurde.<sup>164</sup> Trotz der Möglichkeit, das dispositive Recht abzudingen,<sup>165</sup> läßt sich auch dort nicht davon sprechen, die Par-

<sup>160</sup> *Enneccerus/Nipperdey*, § 15 II 4 = S. 95; *Gamillscheg*, AcP 164, 395 f.; *ders.*, PdW Arbeitsrecht I Fall 27 a. E.; *Schwabe*, Drittwirkung S. 88 ff.; *ders.*, Grundrechtsdogmatik S. 225 f.; *ders.*, AöR 100, 444; *ders.*, JR 1975, 14; i. E. auch *Leisner*, Grundrechte S. 57, 286 f.

<sup>161</sup> Vgl. dazu z. B. *J. Hager*, S. 136 ff., 177 f.

<sup>162</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 102.

<sup>163</sup> Vgl. dazu noch unten § 3 IV 3.

<sup>164</sup> BVerfGE 57, 361, 388.

<sup>165</sup> Das gilt auch für das ungeschriebene dispositive Recht, das man dann im Regelfall anhand ergänzender Auslegung eines solchen Vertrages ermittelt (vgl. dazu *Canaris*, AcP 184, 216 Fn. 52; *ders.*, AcP 185, 9 f.; skeptisch *Medicus*, AT Rdn. 693). Die Grenzziehung zwischen den beiden Arten der ergänzenden Auslegung als entscheidend für die „Dritt“-Wirkung der Grundrechte läßt sich entgegen *Schwabe*, AcP 185, 4 damit tatsächlich nicht als Argument für die direkte Grundrechtswirkung verwenden.



teien hätten sich durch bloßen Verzicht auf andere Regelungen auf dessen Geltung privatautonom verständigt. Obwohl der Versorgungsausgleich unter gewissen Voraussetzungen nach § 1408 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen werden kann, ist er am Grundgesetz, gerade auch an Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zu messen.<sup>166</sup>

#### IV. Insbesondere: Die Kollisionsproblematik

So wenig man also den Gesetzgeber von der Bindung an die Grundrechte dispensieren kann, so unfertig ist damit die Lösung. Das eigentliche Problem liegt nicht in der Wirkung der Verfassung als solcher, sondern in ihrer konkreten Ausgestaltung. Die Frage erhält ihren besonderen Akzent durch ein zwar nicht auf das Privatrecht beschränktes, dort aber besonders deutlich ausgeprägtes Spezifikum: Es geht nicht nur um den Eingriff des Staates in ein Grundrecht, sondern um den Ausgleich zweier oder mehrerer beteiligter Grundrechte, die negativ korrelieren: Je intensiver der eine Belang geschützt wird, desto einschneidender muß der andere zurückgedrängt werden.

##### 1. „Scheinkollisionen“?

Man kann dem Problem nicht dadurch ausweichen, daß man bei eindeutigem Überwiegen des grundrechtlich geschützten Interesses eines Teils von vornherein dem Gegner ein verfassungsrechtlich relevantes Interesse abspricht, die Frage mithin als Scheinkollision abtut.<sup>167</sup> Es handelt sich hierbei lediglich um Fälle besonderer Evidenz. Ihrer Aussonderung bedarf es schon deshalb nicht, weil sie grundsätzlich eine leichte Entscheidung ermöglichen und der Gewinn dieses Ansatzes damit ohnehin minimal wäre.

Man läuft zudem Gefahr, das unterlegene Interesse auch in solchen Fällen zu mißachten, in denen das Ergebnis nicht mehr eindeutig ist. So kann eine Gewerkschaft sicherlich nicht von einem privaten Hauseigentümer verlangen, er möge die Verteilung von Informationsmaterial auf seinem Grundstück dulden, und sich zur Begründung auf die Koalitionsfreiheit stützen. Voreilig wäre es indes, daraus zu schließen, ein solches Beghären sei nie von einem Grundrecht gedeckt. Die Gewerk-

---

<sup>166</sup> BVerfGE 53, 257, 289ff. – Man wende nicht ein, das sei eine Spezialität des Familienrechts. Auch die Verfassungsmäßigkeit der dispositiven §§ 25, 28 HGB ist fraglich (vgl. etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 187 einerseits und *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, § 28, 1 a andererseits).

<sup>167</sup> So aber z. B. v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 203; *Rüfner*, Festschrift für das Bundesverfassungsgericht II S. 458ff.; ähnlich *Gallwas*, Grundrechte S. 67; *F. Müller*, Positivität S. 95ff.: Unterscheidung von Grundrechtsausübung und „akzidentellen Umständen bei Gelegenheit“; ebenso die sonstigen Immanenz- und Normbereichslehren; vgl. dazu Darstellung und Kritik bei *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik S. 154ff. und *Alexy*, Theorie S. 107ff.; ähnlich auch die Lehre von der (angeblich der Abwägung entzogenen) Mindestposition bei *Schlink*, Abwägung S. 76ff.; vgl. hierzu die Kritik von *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile S. 144f.

schaft obsiegt, wenn es sich bei dem privaten Anwesen um eine Arbeitsstätte handelt und der Arbeitgeber einige ihrer Mitglieder beschäftigt.<sup>168</sup>

## 2. Die Funktion der Gesetzesvorbehalte

Man hat sich der Kollisionsproblematik spezifisch vom Drittwirkungsaspekt her zu nähern versucht: Die Gesetzesvorbehalte der einzelnen Grundrechte seien in das Vertragsrecht zu integrieren. Vertragliche Abdingung der gewährleisteten Freiheit werde dort möglich, wo die (unmittelbar wirkenden) Grundrechte entsprechend dem ihnen beigefügten Gesetzesvorbehalt eingeschränkt werden könnten.<sup>169</sup> Konsequenterweise wurden die Grundsätze auf den außervertraglichen Bereich erweitert.<sup>170</sup> Gelten doch auch im Vertragsrecht zum Teil zwingende Normen und gäbe es keinen sinnvollen Differenzierungsgrund etwa zu den Vorschriften der unerlaubten Handlungen.

Hinreichend oft und deutlich hat man auf die unstimmigen und das Vertragssystem letztlich sprengenden Konsequenzen hingewiesen.<sup>171</sup> So kann sich zweifelsohne jemand vertraglich verpflichten, eine künstlerische Leistung zu erbringen oder am Sonntag zu arbeiten. Daß Art. 5 Abs. 3 wie Art. 4 Abs. 2 GG keinen Gesetzesvorbehalt kennen, läßt ganz offensichtlich nicht den Schluß zu, eine solche rechtsgeschäftliche Vereinbarung sei von vornherein unwirksam. Nicht anders ist die Lage bei privatrechtlichen Gesetzen. Eine Einschränkung ist nicht nur möglich, wenn ein Gesetzesvorbehalt existiert, umgekehrt garantiert ein solcher nicht notwendig sachgemäße Ergebnisse. Das Persönlichkeitsrecht ist durch Art. 2 Abs. 1 GG nicht weniger geschützt als durch Art. 1 Abs. 1 GG.

## 3. Die Verbindlichkeit der allgemeinen Regeln

Das Dilemma charakterisiert indes nicht nur bürgerlich-rechtliche Gesetze; es taucht mit genau derselben Intensität bei jeder öffentlich-rechtlichen Norm auf, die die Interessensphären des Bürgers gegen den Staat, aber auch der Bürger untereinander abgrenzt. Die grundlegende Diskussion der letzten Jahre aufzurollen, ist hier

<sup>168</sup> BAGE 19, 217, 221 ff.; ablehnend zur Konzeption Starcks z. B. auch Bleckmann, Staatsrecht II S. 268; Alexy, Theorie S. 109 ff.

<sup>169</sup> Leisner, Grundrechte S. 330, 332, 384; Ramm, Freiheit S. 64 f.; ders., Bürgerliches Recht § 43 II; Nipperdey, in: Bettermann/Nipperdey IV 2 S. 755: Anhaltspunkte durch Gesetzesvorbehalte; ablehnend – obgleich Anhänger der unmittelbaren Drittwirkung – Gamillscheg, AcP 164, 428 ff.

<sup>170</sup> Leisner, Grundrechte S. 392; differenzierend Gallwas, Mißbrauch S. 53, der sich für Gesetze Leisner anschließt, im (reinen) Vertragsrecht aber anders entscheiden will.

<sup>171</sup> Vgl. etwa Bethge, Grundrechtskollisionen S. 258 f.; Schwabe, Drittwirkung S. 117; Lerche, Übermaß S. 127 ff.; Canaris, AcP 184, 204 f.; ders., JuS 1989, 162; Gamillscheg, AcP 164, 430.

weder beabsichtigt noch angebracht;<sup>172</sup> es ist nur zu zeigen, daß kein prinzipieller Unterschied zur gewohnten Kollisionsproblematik besteht.<sup>173</sup>

#### a) Die Güterabwägung

So hat sich denn die isolierte Argumentation mit dem dem jeweiligen Grundrecht beigefügten Gesetzesvorbehalt auch bei öffentlich-rechtlichen Normen als nicht zweckdienlich entpuppt. Kollidierende Rechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung grundsätzlich imstande, auch Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.<sup>174</sup> Die dogmengeschichtliche Entwicklung ist hier nicht nachzuzeichnen; Stichworte wie „Übernahme der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG“, „genereller Vorbehalt der allgemeinen Gesetze“ oder der Hinweis auf die Gemeinwohltheorie<sup>175</sup> mögen genügen. Auch der heutige Streit soll, da weitgehend der Nomenklatur verhaftet, auf sich beruhen. So kann man das Prinzip der praktischen Konkordanz, den Gedanken des nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs oder ähnliche Formeln bemühen,<sup>176</sup> immer liegt derselbe Gedanke zugrunde: kollidierende Rechte sind zum Ausgleich zu bringen.

#### b) Die Rolle der beteiligten Belange im jeweiligen Einzelfall

Durchgängige materielle Regeln lassen sich nicht aufstellen.<sup>177</sup> Selbst eine theoretische Hierarchisierung der verfassungsrechtlich abgesicherten Rechtsgüter, sollte

<sup>172</sup> Vgl. hierzu etwa *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 258ff.; *Wülfing*, Gesetzesvorbehalt S. 105ff.; *Ludwig Schneider*, Wesensgehalt S. 73ff.; *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik S. 319ff.; *Blaesing*, Grundrechtskollision S. 48ff.; *Hesse*, Rdn. 317f.; *Badura*, Staatsrecht C 23; *Gallwas*, Grundrechte S. 108ff.; *Alexy*, Theorie S. 80ff., 117ff.; *Harald Schneider*, Güterabwägung S. 153ff.; *Wendt*, AöR 104, 432; kritisch etwa *Schlink*, Abwägung passim, vgl. etwa S. 78f., 152f., 192, der das Problem auf den Maßstab der Erforderlichkeit und Geeignetheit des Eingriffs und der Wahrung einer Mindestposition reduzieren will, andererseits aber doch den Zwang zu einem interindividuellen Nutzenvergleich, ergänzt um eine symmetrische bzw. asymmetrische Pareto-Optimierung, akzeptiert.

<sup>173</sup> *Stern*, III/1 S. 1576f.; *Krause*, JZ 1984, 658, 662 mwN.; ebenso von seinem abzulehnenden (vgl. oben § 3 III 2 d (3)) Ausgangspunkt aus *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1, 204; *Starck*, JuS 1981, 245.

<sup>174</sup> Vgl. exemplarisch BVerfGE 28, 243, 261 für die Auslegung öffentlich-rechtlicher Gesetze; 30, 173, 193f. für die Interpretation des § 823 Abs. 1 BGB; vgl. ferner z.B. BVerfGE 32, 98, 107f.; 33, 23, 29; 35, 202, 225; 39, 1, 43; 41, 29, 50; 44, 37, 50; 49, 24, 56; 66, 116, 136; 75, 369, 377f.; 77, 240, 253; *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 286ff.; *Alexy*, Theorie S. 107ff.

<sup>175</sup> Vgl. den Überblick bei *Harald Schneider*, Güterabwägung S. 82ff.

<sup>176</sup> Überblick über die unterschiedliche Terminologie bei *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 273; vgl. ferner *Stern*, III/1 S. 1577.

<sup>177</sup> Vgl. etwa BVerfGE 35, 202, 225; 51, 324, 346: Abwägung der betroffenen Interessen im konkreten Fall; ähnlich BVerfGE 30, 1, 25f.; vgl. ferner *Bleckmann*, Staatsrecht II S. 315; *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 323; *Alexy*, Theorie S. 80; *Hermes*, Grundrecht S. 251ff.; ausführliche Darstellung bei *Harald Schneider*, Güterabwägung S. 153ff.; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile S. 137ff.

sie gelingen,<sup>178</sup> könnte sich der Konsequenzen aus der im Einzelfall je unterschiedlichen Eingriffstiefe nicht entziehen, nicht an der Tatsache rütteln, daß sich verschiedene Sektoren grundrechtlicher Verbürgung jeweils in ungleichem Maß überschneiden.<sup>179</sup> Schon theoretisch lassen sich daher Lösungen abgesetzt vom Detailproblem nur schwer ermitteln. Sie sind um so weniger möglich, als – gerade bei der Absteckung konkreter Befugnisse des Eigentümers – der konkurrierende Belang durch das nämliche Grundrecht, im Beispielsfall durch Art. 14 GG, abgesichert ist. In dieser Hinsicht geht es zwar nicht primär um die je getrennte Interpretation der einzelnen Grundrechte,<sup>180</sup> sondern in erster Linie um das dahinter steckende Anliegen: Die Pauschallösung gibt es nicht; zu klären ist der Konflikt unter Gewichtung der in concreto involvierten Interessen.

Ein Gesetzesvorbehalt mag durchaus Indizwirkung für den Rang eines Grundrechts haben,<sup>181</sup> signalisiert für sich allein genommen indes nicht, daß das Grundrecht beliebig eingeschränkt werden kann. Die grenzziehenden Normen sind ihrerseits wieder im Lichte der tangierten Garantien zu sehen,<sup>182</sup> womit nichts anderes beschrieben wird als eine Abwägung.<sup>183</sup> Das kann durchaus die Unterschiede zu vorbehaltlos verbürgten Grundrechten ebnen. Die Trennungslinie zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird nicht dadurch verschoben, daß auch die ohne Gesetzesvorbehalt garantierte Kunstfreiheit in den Ausgleich der Interessen einbezogen wird.<sup>184</sup>

Eine wichtige Rolle spielt die jeweilige Eingriffstiefe: Je intensiver das Grundrecht betroffen ist, um so triftiger müssen die für die konkurrierenden Werte sprechenden Gründe sein,<sup>185</sup> ein Postulat, das auch vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit getragen wird.

#### c) Die strukturelle Identität der Kollisionsproblematik im öffentlichen und bürgerlichen Recht

Die Übereinstimmung in den Lösungen, unabhängig davon, ob öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Normen betroffen sind, läßt sich anhand der Rechtspre-

<sup>178</sup> Ablehnend etwa *Harald Schneider*, Güterabwägung S. 208.

<sup>179</sup> Charakteristisch BVerfGE 72, 40, 97: Dieser Konfliktfall läßt sich nur lösen, indem ermittelt wird, welcher Verfassungsgrundsatz im konkreten Zusammenhang das höhere Gewicht hat; BVerfGE 77, 240, 254 f.: Unterschiedliche „Außenwirkung“ der Handlungen, die unter den Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG fallen, können zu je unterschiedlichen Abwägungsergebnissen führen; vgl. ferner *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik S. 320; *Harald Schneider*, Güterabwägung S. 182; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile S. 142 f.

<sup>180</sup> So etwas mißverständlich *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 83 f. mwN.; *Canaris*, AcP 184, 213 Fn. 42.

<sup>181</sup> Vgl. etwa *Alexy*, Theorie S. 121 f.

<sup>182</sup> Ständige Rechtsprechung; vgl. etwa BVerfGE 7, 198, 208 f.; 61, 1, 10 f.; 67, 213, 228 ff.; 74, 297, 337; 77, 65, 75.

<sup>183</sup> Vgl. dazu etwa BVerfGE 35, 202, 225; v. *Münch*, Art. 5, 52; kritisch *Herzog*, in Maunz/Dürig Art. 5 I, II, 260, der nur eine abstrakte Abwägung zum Zuge kommen lassen will.

<sup>184</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 35, 202, 225, 244.

<sup>185</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 7, 377, 404 f.; 20, 150, 159; 30, 292, 316 f. mwN.; 35, 202, 226; 77, 240, 254 f.; aus der Literatur etwa *Alexy*, Theorie S. 145 ff.

chung verfolgen. Ohnehin liegt es nahe, die Abgrenzung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Schutz der persönlichen Ehre nach den §§ 185 ff. StGB und den §§ 823 Abs. 2 BGB, 185 ff. StGB mit Hilfe identischer Regeln vorzunehmen. Abzuwägen sind im zivilgerichtlichen Unterlassungs- bzw. Entschädigungsstreit die Sphären der Beteiligten; eingestellt werden dabei die Presse- bzw. Meinungsfreiheit auf der einen, das Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite.<sup>186</sup>

Angesichts der weitgehenden Parallelität nimmt es nicht wunder, daß im strafrechtlichen Verfahren schon der Ausgangspunkt gleich ist. Aber auch das Ergebnis der Abwägung ist austauschbar;<sup>187</sup> nicht umsonst zitiert das Bundesverfassungsgericht die aufgrund von Verfassungsbeschwerden gegen Zivilurteile ergangenen Leitentscheidungen auch, wenn es Strafurteile auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft.<sup>188</sup>

Natürlich kann das Abwägungsergebnis im konkreten Fall deswegen anders ausfallen, weil eine strafrechtliche Sanktion eine stärkere Beeinträchtigung bedeutet als ein zivilrechtlicher Schadensersatz- oder Unterlassungsanspruch.<sup>189</sup> Das ist dann Folge der unterschiedlichen Gewichtung einzelner Belange, die im Einzelfall auch bei Überprüfung von Zivilurteilen aber entsprechende Bedeutung haben können,<sup>190</sup> nicht jedoch eine strukturelle Differenz.

## V. Insbesondere: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

### 1. Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit nach beiden Seiten

Vordergründig schlecht ins Bild paßt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>191</sup> Es scheint nachgerade den dem bürgerlichen Recht konzedierte Freiraum auszu-machen, daß nicht der am besten geeignete Weg gewählt werden muß, daß insbesondere Mittel und Zweck nicht in vernünftigen, gar optimalem Verhältnis zu stehen brauchen.<sup>192</sup> Die Kontrolle rechtsgeschäftlicher Abreden und ihre Besonderheiten

<sup>186</sup> Vgl. z.B. BVerfGE 7, 198, 208 ff.; 34, 269, 281 ff.; 34, 341, 343; 35, 202, 219 ff.; 42, 143, 150 ff.; 42, 163, 169 ff.; 54, 129, 136 ff.; 54, 208, 217 ff.; 54, 148, 152 ff.; 60, 234, 239 ff.; 61, 1, 10 f.; 62, 230, 244; 66, 116, 136 ff.

<sup>187</sup> BVerfGE 43, 130, 137; 67, 213, 228; vgl. auch die Abwägung in BVerfGE 34, 238, 246 ff.

<sup>188</sup> BVerfGE 43, 130, 137 weist hin auf BVerfGE 7, 198, 212; 12, 113, 123; 24, 278, 282 f.; 42, 163, 170; BVerfGE 67, 213, 224 auf BVerfGE 30, 173, 188 f., 191.

<sup>189</sup> BVerfGE 43, 130, 136; 67, 213, 223. Das Bundesverfassungsgericht erweitert in solchen Fällen den Rahmen seiner Nachprüfungsmöglichkeit; vgl. zuletzt BVerfGE 75, 201, 221; BVerfG NJW 1989, 519, 520.

<sup>190</sup> Vgl. etwa BVerfGE 54, 129, 135 unter Berufung auf BVerfGE 43, 130, 135 f.

<sup>191</sup> Zur Terminologie: Verhältnismäßigkeit wird hier iS. des wohl herrschenden Sprachgebrauchs verstanden, also als Oberbegriff für Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität. – Abweichend definiert etwa von *Lerche*, Übermaß S. 21 als Zusammenfassung von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. Die Differenz spielt – soweit hier von Interesse – keine Rolle.

<sup>192</sup> Vgl. etwa *Canaris*, AcP 184, 209, 219, jeweils für vertragliche Abreden; ähnlich *ders.*,

mögen hier wiederum auf sich beruhen; für privatrechtliche Gesetze lassen sich die Postulate in ihrer Apodiktik nicht übernehmen. Es geht hier zwar nicht um den „klassischen“ Fall der Beschränkung eines Grundrechts zugunsten eines öffentlichen Belangs.<sup>193</sup> Schon dem den Eingriff legitimierenden Allgemeininteresse laufen aber häufig private Belange parallel.<sup>194</sup> Zweck der öffentlich-rechtlichen Norm kann umgekehrt primär die Abgrenzung gleichgeordneter Interessensphären sein, wenngleich dies in der Regel mit der Verfolgung öffentlicher Anliegen einhergeht.<sup>195</sup> Nicht zuletzt wurzelt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den Grundrechten selbst,<sup>196</sup> so daß sich die Klassifizierung einer Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich schon von daher nicht auswirken kann, graduelle Unterschiede aus divergenter Eingriffstiefe resultieren.

Der theoretische Befund drückt sich in der Lösung der konkreten Probleme aus. Bei eingreifenden Normen ist derjenige Punkt zu suchen, an dem der die Beschneidung legitimierende öffentliche Belang und das mit ihm kollidierende Grundrecht je zu möglichst nachhaltiger Wirkkraft gelangen.<sup>197</sup> Der Übergang zu konkurrenzlösenden Normen ist nicht prinzipieller Natur. Zu ermitteln ist die Abgrenzung, die die Interessen der Beteiligten möglichst schonend ausgleicht; das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist nach beiden Seiten zu beachten.<sup>198</sup>

Die einzelnen Modifikationen und oft nur in der Formulierung begründeten Kontroversen sind hier nicht im Detail nachzuzeichnen. So mag denn auch die Diskrepanz zwischen der Reduzierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Mephisto-

---

ZHR 143, 130 f.; *Rüfner*, Gedächtnisschrift für Martens S. 224, aber auch Fn. 44; vorsichtig *Lerche*, ZHR 149, 166 Fn. 8.

<sup>193</sup> Daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip Verfassungsrang hat und jedenfalls öffentlich-rechtlichen Gesetzen gegenüber gilt, dürfte heute unbestritten sein. Auch *Forsthoff* hat seine radikale Ablehnung (Der Staat in der Industriegesellschaft S. 137 ff.) später aufgeben (Allgemeines Verwaltungsrecht S. 70 f.).

<sup>194</sup> Vgl. exemplarisch BVerfGE 59, 302, 328: Die Regelung der Befugnis zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen dient dem Interesse der Allgemeinheit, ebenso aber dem Schutz gesetzesunkundiger Steuerpflichtiger.

<sup>195</sup> So lag es etwa mit dem Genehmigungserfordernis bei Kündigungen im Kleingartenrecht; es diene der Prüfung, ob die auch im Interesse des Pächters normierten Kündigungsgründe gegeben waren (vgl. z. B. BVerwGE 4, 317, 327; der Gesetzgeber der Novelle von 1969 hat stärker die öffentlich-rechtlichen Belange berücksichtigen wollen; siehe z. B. BVerfGE 52, 1, 41).

<sup>196</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 19, 342, 348 f.; 65, 1, 44; *Alexy*, Theorie S. 100 ff.; *Harald Schneider*, Güterabwägung S. 203 ff.

<sup>197</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 185.

<sup>198</sup> *Lerche*, Übermaß S. 152; *Schlink*, Abwägung S. 214 ff.; *Rüfner*, Festschrift für das Bundesverfassungsgericht II S. 468; *Wendt*, AöR 104, 463 mit Fn. 254. Dem entspricht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; vgl. etwa BVerfGE 52, 1, 36; 57, 361, 388; 58, 137, 148 mwN.; 60, 79, 95; 60, 329, 345; 62, 169, 183; 63, 88, 115 ff.; 63, 131, 144 ff.; 67, 329, 340 mwN. jeweils für das Gebot der Verhältnismäßigkeit bei privatrechtlichen Gesetzen; 61, 126, 134 ff. für § 901 ZPO; 35, 202, 221 für die Auslegung des § 823 Abs. 1 BGB unter Berufung auf BVerfGE 32, 373, 381, wo es um Strafverfahren, und BVerfGE 27, 344, 353 f., wo es um ein Disziplinarverfahren gegangen war.

Beschluß auf das Willkürverbot<sup>199</sup> und der strikten Handhabung im Lebach-Urteil<sup>200</sup> weniger gravierend sein, als sie auf den ersten Blick wirkt, sich im Endeffekt als lediglich terminologische Differenz entpuppen.<sup>201</sup>

## 2. Der Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers

Konsequenzen könnte freilich der Ausgestaltungsauftrag des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG nach sich ziehen. Wenn schon nicht an eine Dispensierung von der Grundrechtsbindung insgesamt, so wäre doch daran zu denken, den Gesetzgeber freizustellen, was das Prinzip der Verhältnismäßigkeit anbelangt.

So hat man denn auch nach den unterschiedlichen Normarten differenziert. Gesetze, die Inhalt und Schranken des Eigentums festlegten, gehörten nicht zu den grundrechtseingreifenden, sondern zu den grundrechtsprägenden;<sup>202</sup> sie bauten den Inhalt der Grundrechte und damit ihre Grenzen erst auf.<sup>203</sup> Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen, sei erst am Platz, wo der Gesetzgeber in einen grundrechtlich geschützten Rechtsbezirk eindringe.<sup>204</sup>

Die Einwände liegen nahe. Schon die prinzipielle Differenz zur Enteignung, bei der das Verhältnismäßigkeitsprinzip wieder ohne weiteres gelten soll,<sup>205</sup> wirft angesichts der bekannten Abgrenzungsschwierigkeiten Fragen auf. Es geht auch nicht darum, dem Gesetzgeber „im ohnedies schmalen Bezirk des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ein freieres Atmen zu ermöglichen“;<sup>206</sup> es handelt sich demgegenüber – jedenfalls primär – um die Lösung von Konkurrenzproblemen. Darin liegt denn auch die Schwäche des Ansatzes. Man kann die Funktion eigentumsrechtlicher Vorschriften, aufeinander prallende Interessen auszugleichen, nicht über die Definition gänzlich ausblenden. Konkurrenzlösende Normen unterliegen aber, und das wird allgemein anerkannt,<sup>207</sup> dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Damit verschwimmen die Konturen. Insbesondere bleibt die Abgrenzung unklar; auch

<sup>199</sup> BVerfGE 30, 173, 199 f.; vgl. dazu schon oben § 3 III 2 b.

<sup>200</sup> BVerfGE 35, 202, 232.

<sup>201</sup> Der BGH hatte ein eingeschränktes Verbot (Veröffentlichung mit klarstellendem Vorwort) gerade nicht als geeignet angesehen, die Belange des Verletzten hinreichend zu schützen (BGH NJW 1968, 1773, 1777). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hätte also zu keinem anderen Ergebnis geführt. – Vgl. zur Problematik, ob es um das Gebot der Verhältnismäßigkeit oder das Verbot der Unverhältnismäßigkeit geht, *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit S. 92 ff. mwN.: Die Unterschiedlichkeit in den Formulierungen sei auf die einzelnen Entscheidungen bezogen eher unerheblich, die gegenteilige Annahme eine Überschätzung der Leistungsfähigkeit der Sprache (S. 97).

<sup>202</sup> *Lerche*, Übermaß S. 107; vgl. dazu auch die Darstellung bei *Grabitz*, AöR 98, 586 f.; *ders.*, Freiheit S. 85 ff.

<sup>203</sup> *Lerche*, Übermaß S. 107.

<sup>204</sup> *Lerche*, Übermaß S. 22.

<sup>205</sup> *Lerche*, Übermaß S. 142.

<sup>206</sup> So *Lerche*, Übermaß S. 142.

<sup>207</sup> *Lerche*, Übermaß S. 151 ff.

konkurrenzlösende Normen besitzen schließlich eine gestaltende Komponente.<sup>208, 209</sup>

### 3. Der Spielraum der Legislative

Auch der Argwohn, das Verhältnismäßigkeitsprinzip könne die Gestaltungsprerogative des Gesetzgebers überrollen, entpuppt sich als nicht gerechtfertigt. Die Bewegungsfreiheit der Legislative ist abhängig vom konkreten Grundrecht unterschiedlich weit; das stets und ohne nennenswerte Modifikationsmöglichkeit zu wahrende Recht auf rechtliches Gehör mag Beispiel fast gänzlich reduzierter Prägungsmöglichkeit sein, den Gegenpol bildet der fein differenzierte Abstufungen eröffnende Gleichheitssatz. Das Eigentum gehört sicherlich zu den formungsbedürftigen Instituten. Der Gesetzgeber hat dabei die Privatinteressen und die Sozialpflichtigkeit in ein gerechtes Verhältnis zu setzen.<sup>210</sup> Seine Gestaltungsfreiheit nimmt zu, je intensiver das Eigentum in sozialem Bezug und in sozialer Funktion steht.<sup>211</sup> Die gesetzliche Eigentumsbindung muß umgekehrt vom geregelten Sachverhalt her geboten sein und darf nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Norm dient.<sup>212</sup> Es ist dem Gesetzgeber also gerade verwehrt, ein Interesse einseitig zu bevorzugen.<sup>213</sup> Er hat – mit anderen Worten – den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.<sup>214</sup>

### 4. Der Grundsatz der Erforderlichkeit

Wollte man freilich die Komponente der Erforderlichkeit darauf reduzieren, sie lasse im Hinblick auf einen bestimmten Normierungszweck nur *ein* Mittel zu,<sup>215</sup> so scheinen Konflikte mit der originären Aufgabe des Gesetzgebers, Rechtsgebiete – auch neu – zu ordnen, vorprogrammiert zu sein.<sup>216</sup> Dieser Ansatz setzt indessen

<sup>208</sup> *Lerche*, Übermaß S. 152.

<sup>209</sup> *Lerche*, S. 288 leugnet die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch für den aufgrund der Wesensgehaltsgarantie verbleibenden Restbezirk; konkurrenzlösende Normen genügen insoweit. Diese freilich unterliegen gerade dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Zudem entsprechen sich nach *Lerche* Art. 12 und 14 GG in ihrer Architektur (S. 111). Für Art. 12 GG will *Lerche* das Übermaßverbot aber gelten lassen (S. 292 iVm. S. 145).

<sup>210</sup> Vgl. die Nachw. § 3 II 2b Fn. 36–39.

<sup>211</sup> Vgl. vorläufig BVerfGE 37, 132, 140f.; 42, 263, 294; 50, 290, 340; 53, 257, 290; 58, 137, 148; 64, 86, 101; 68, 361, 368.

<sup>212</sup> Vgl. etwa BVerfGE 21, 73, 86; 50, 290, 341; 52, 1, 30; 68, 361, 373; 70, 101, 111; 72, 66, 78; vgl. ferner etwa *Nüssgens/Boujong*, Rdn. 134; *Böhmer*, NJW 1988, 2573.

<sup>213</sup> Vgl. etwa BVerfGE 21, 73, 86; 21, 150, 155; 25, 112, 118; 37, 132, 141; 52, 1, 30; 68, 361, 368; *Nüssgens/Boujong*, Rdn. 134; BVerfGE 72, 9, 23; 75, 78, 98ff.; 76, 220, 238 betonen den komplementären Aspekt: Die Regelungen dürfen den Betroffenen nicht übermäßig belasten und für ihn daher unzumutbar sein; vgl. etwa BVerfGE 75, 78, 100: „noch zumutbar“.

<sup>214</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 31, 275, 290; 50, 290, 341; 58, 81, 121; 70, 101, 111; 70, 191, 200; 70, 278, 286; 72, 9, 23; 72, 66, 78; 74, 203, 214; 75, 78, 97; 76, 220, 238, 239ff.

<sup>215</sup> *Lerche*, Übermaß S. 21; *Breuer*, Bodennutzung S. 25f.

<sup>216</sup> v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 61 will daher dem Gesetzgeber hinsichtlich der Erforderlichkeit weitgehend freie Hand lassen.



gerade voraus, was es erst zu beweisen gilt: Der Gesetzgeber sei zur Neugestaltung nicht legitimiert, weil eine solche Reform im Hinblick auf seine Pläne nicht erforderlich sei.<sup>217</sup> Die Aufgabe der Prämisse schneidet auch das Problem auf seinen angemessenen Kern zurück. Soweit grundrechtsverträglich, kann der Gesetzgeber neben den Zielen auch die Mittel frei wählen, ohne mit dem Erforderlichkeitsgebot zu kollidieren.

Einer Zielbestimmung auf abstraktem Niveau korrespondiert eine weitgehend offene Auswahl der Mittel, der mit einer Reduktion der Überprüfungsintensität durch die Gerichte Rechnung zu tragen ist.<sup>218</sup> Will der Gesetzgeber etwa das Grundwasser aus der privatnützigen Zuordnung lösen und einem öffentlich-rechtlichen Regime unterstellen, so sind die Modalitäten auch unter dem Aspekt der Erforderlichkeit keineswegs im Detail vorgezeichnet. Bei der Neuregelung einer Materie kann die Legislative zudem eine ansehnliche Einschätzungsprärogative reklamieren.<sup>219</sup> Daß all dies nicht dazu berechtigen kann, das Postulat der Erforderlichkeit aufzugeben, folgt schlechterdings aus der Definition des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Ist die Konkurrenz zweier grundrechtlich geschützter Werte durch ihre verhältnismäßige Zuordnung aufzulösen,<sup>220</sup> so verbietet sich ein Verzicht auf die Erforderlichkeit der getroffenen Regelung von selbst.

Der Spielraum der Legislative verengt sich um so stärker, je konkreter das angestrebte Detailziel ist. Wird dann von mehreren zur Auswahl stehenden, in gleicher Weise geeigneten Mitteln nicht das mildeste gewählt, so hält das Gesetz der Kontrolle anhand des Übermaßverbots nicht stand.<sup>221</sup> Beispielsweise will Art. 3 § 2 des 2. WKSchG verhindern, daß für Wohnungen mit vergleichbarem Wohnwert allzu unterschiedliche Mieten bezahlt werden. Dieses Vorhaben ist eine mit Art. 14 GG in Einklang stehende Eigentumsbeschränkung. Das Ziel, der verlangte Mietzins solle das üblicherweise entrichtete Entgelt für vergleichbaren Wohnraum nicht übersteigen, setzt aber nicht voraus, daß die Vergleichswohnungen haarklein dieselbe Größe haben wie das Objekt, über dessen Mietzins gestritten wird. Denn für die Meinungsbildung des Mieters kommt es auf den Quadratmeterpreis an, nicht dagegen auf die (exakte) Größe der Vergleichswohnung. Eine Auslegung durch die Gerichte, die ein Erhöhungsschreiben als unwirksam ansieht, das zwar den Quadratmeterpreis offenlegt, bei dem aber die benannten Wohnungen in der Größe geringfügig

<sup>217</sup> Zu dieser Sicht vgl. statt aller *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 253.

<sup>218</sup> *Grabitz*, Freiheit S. 96 f.; *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 253 f.; *Hans Schneider*, Festschrift für das Bundesverfassungsgericht II S. 397.

<sup>219</sup> Vgl. statt aller BVerfGE 50, 290, 331 f.

<sup>220</sup> Statt aller *Hesse*, Rdn. 318; vgl. auch *Bethge*, Grundrechtskollisionen S. 309 Fn. 195; *Scholz*, AöR 100, 117 Fn. 203, wo zu Recht betont wird, daß beim schonendsten Ausgleich das Verhältnismäßigkeitsprinzip betroffen ist.

<sup>221</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 254 f.; a. A. *Wendt*, Eigentum S. 286 für den Bereich der Inhaltsbestimmung durch den Gesetzgeber. Wie geschildert (vgl. oben § 3 II 2 c) trennt *Wendt* Inhalts- und Schrankennormen. Soweit man die Aufspaltung für möglich hält, ist das Ergebnis *Wendts* konsequent. Schrankennormen unterliegen jedenfalls dem Verhältnismäßigkeitsgebot (so auch *Wendt*, Eigentum S. 350).

differieren, ist nicht gerechtfertigt.<sup>222</sup> Das heißt nichts anderes, als daß die von den Instanzgerichten zunächst gestellten Anforderungen gegen Art. 14 GG verstoßen: Es ist nicht erforderlich, dem Mieter diese Informationen zu geben, um die vom Gesetzgeber angestrebte Entscheidungshilfe zu gewährleisten.

#### § 4 Der redliche Erwerb im System des Art. 14 GG

Der Frage, ob die §§ 892 f., 932 ff. BGB mit der Eigentumsgarantie kollidieren, kann man also nicht deswegen von vornherein ausweichen, weil es sich um privatrechtliche Gesetze handelt. Vorschriften des bürgerlichen Rechts beanspruchen und vertragen keinen Schonraum. Der redliche Erwerb muß sich in das System des Art. 14 GG einfügen.

### I. Die verfassungsrechtlichen Positionen des bisherigen Eigentümers und des Erwerbers

#### 1. Der Schutzbereich des Art. 14 GG

Trotz des engen Zusammenhangs mit der Aufgabe des Gesetzgebers, das Eigentum zu prägen, hat die Überlegung, ob denn eine schützenswerte Rechtsposition vorliegt, den Vorrang.<sup>1</sup> Fehlt es schon daran – wie das etwa bei bloßen Chancen<sup>2</sup>

---

<sup>222</sup> BVerfGE 53, 352, 357, 360; ebenso in der hier interessierenden Beziehung BVerfGE 49, 244, 250 f.; BVerfG NJW 1987, 313: Für die Meinungsbildung des Mieters sei es nicht entscheidend, daß der Vermieter seine Erhöhungsforderung ausdrücklich auch auf die Behauptung stützt, daß die Wohnung des Mieters und die Vergleichsobjekte sich entsprechen. Dies sei dem Mieter ohnedies klar. Eine derart formale Handhabung (sc. Angabe von Lage in der Etage und Größe der Wohnungen) sei auch unter dem Gedanken des im Gesetz bewußt verankerten Mieterschutzes nicht einsichtig und verstoße gegen Art. 14 GG. Vgl. auch BVerfGE 37, 132, 148 f. (zu Art. 3 § 2 Abs. 2 a. F. des Wohnraumkündigungsschutzgesetzes): Die notwendige Interessenabwägung darf nicht dadurch verhindert werden, daß dem Vermieter so hohe verfahrensrechtliche Hürden in den Weg gelegt werden, daß er sie in zumutbarer Weise nicht überwinden kann. Vgl. auch BVerfGE 63, 88, 115: Verstoß des Versorgungsausgleichs gegen Art. 2 GG iVm. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; die Regelung sei nicht das schonendste Mittel. Da es um Ausgleichszahlungen ging, wäre auch Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab einschlägig gewesen; vgl. auch unten § 4 Fn. 183.

<sup>1</sup> BVerfGE 70, 115, 122; BVerfG NJW 1988, 2594, 2595; BGHZ 83, 1, 3 mwN.; *Badura* Handbuch des Verfassungsrechts S. 662; *Krohn*, DVBl 1986, 745. – Obwohl das selten explizit ausgesprochen wird, liegt es der ganz h. M. zugrunde; von vornherein nicht unter das Eigentum fallende Positionen werden aus dem Schutzbereich ausgeblendet, so daß die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber nicht gegen die Verfassung verstoßen kann; vgl. hierzu sogleich im Text.

<sup>2</sup> Vgl. etwa BVerfGE 20, 31, 34; 28, 119, 142; 30, 292, 335; 45, 272, 296; 68, 193, 222; 77, 84, 118; BVerfG NJW 1986, 1601; 1986, 2101; 1988, 2593; BGHZ 83, 1, 3; *Nußgens/Boujong*, Rdn. 28; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 107 mwN.; sehr skeptisch v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 21.

oder dem Vermögen<sup>3</sup> der Fall sein mag –, ist also schon der Schutzbereich des Art. 14 GG nicht berührt, so erübrigen sich weitere Erwägungen, die sich mit den Grenzen der Inhalts- und Schrankenbestimmung auseinandersetzen oder die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG zu präzisieren versuchen.

#### a) Das Sacheigentum

Das Sacheigentum an beweglichen und unbeweglichen Gegenständen ist grundsätzlich in die Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG einbezogen; darüber besteht in Rechtsprechung und Literatur Einvernehmen.<sup>4</sup> Bei privaten Vermögensrechten spielt der Grund des Erwerbs, namentlich seine Entgeltlichkeit, keine Rolle.<sup>5</sup> Ob die Sache dem jetzigen Inhaber geschenkt wurde oder ob er sie durch Erbgang erworben hat, ist ohne Einfluß darauf, daß der Gegenstand von der Garantie des Art. 14 GG umfaßt ist. Insbesondere bedarf es nicht eigener Leistung. Der Hinweis auf vorangegangene Aufwendungen, wenn schon nicht des jetzigen Eigentümers, so doch des oder eines Rechtsvorgängers,<sup>6</sup> genügt zwar nicht, sollte er als Postulat zu verstehen sein, der Nachweis eines leistungsbezogenen früheren Erwerbs müsse im Einzelfall erbracht werden.<sup>7</sup> Eine solche konkrete Ableitung ist indes überflüssig; es reicht aus, daß typischerweise Aufwendungen vorausgegangen sind. Das Argument, der Gegenstand sei jedenfalls in einer Sphäre erworben, die dem privatautonom bestimmten Verkehr überlassen bleibe, die Werte seien individuell geschaffen bzw. erworben,<sup>8</sup> bringt demgegenüber nur geringe Akzentverschie-

<sup>3</sup> Vgl. etwa BVerfGE 65, 196, 209; 72, 175, 195; 74, 129, 148; 75, 108, 154.; 77, 84, 118; 77, 308, 339f.; BVerfG NJW 1988, 2529, 2532; BGHZ 83, 1, 3 mwN.; 92, 94, 106. – Art. 14 GG ist nach ständiger Rechtsprechung nur bei grundlegender Beeinträchtigung verletzt; vgl. etwa BVerfGE 76, 130, 141; BVerfG NJW 1988, 1899, 1902; 1988, 3255; 1989, 666, 668.

<sup>4</sup> BVerfGE 24, 367, 389f.; 58, 137, 144; implizit auch 42, 229, 232f.; ebenso BK/*Kimminich*, Art. 14, 56; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 14, 3; *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 75; *ders.*, NJW 1982, 722; *v. Münch/Bryde*, Art. 14, 13; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 666; *ders.*, Staatsrecht C 81; *Erichsen*, Staatsrecht I S. 118; *Maunz/Zippelius*, § 28 II 2; *Weber*, Festschrift für Michaelis S. 319; *Wendt*, Eigentum S. 196; *v. Brünneck*, Eigentum S. 392f.; *Krause*, JZ 1984, 714; *Niißgens/Boujong*, Rdn. 28; *Mayer/Kopp*, Allg. Verwaltungsrecht S. 444; *Hoffmann*, NJW 1985, 245; mit Betonung des Grundeigentums z. B. BGHZ 83, 61, 64; 90, 4, 8; 90, 17, 26; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 57. – Das ist der h. M. so selbstverständlich, daß der Akzent in der Regel auf der Aussage liegt, verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum erschöpfe sich nicht im Sacheigentum; vgl. etwa *Hesse*, Rdn. 444.

<sup>5</sup> *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 127; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 98; *Badura*, 49. Deutscher Juristentag II T 12f.; *Weber*, Festschrift für Michaelis S. 319; *Katzenstein*, Festschrift für Simon S. 852f.; *Krause*, Eigentum S. 59; *Wendt*, Eigentum S. 122f.

<sup>6</sup> So etwa *Dürig*, Festschrift für Apelt S. 32; weitere Nachw. bei *Wendt*, Eigentum S. 120 Fn. 491.

<sup>7</sup> So die Interpretation von *Wendt*, Eigentum S. 120; *Meyer-Abich*, Eigentum S. 36; die von *Wendt*, aaO. zitierten Autoren verlangen indes diesen konkreten Nachweis nicht.

<sup>8</sup> So *Wendt*, Eigentum S. 122f. – Der Gedanke, der Staat habe sich entschlossen, das vom Bürger in einer zur eigenen, privatautonom Bestimmung überlassenen Sphäre jedenfalls ohne unmittelbares Zutun des Staates, damit aus der Sicht des Staates betrachtet selbst Erworben in einer Sphäre des geschützten Zu-Eigen-Habens zu belassen, was einen ersatzlosen

bungen. Keineswegs will der redliche Erwerb Konsequenzen aus einer verringerten Schutzwürdigkeit des Eigentümers ziehen, der unentgeltlich erworben hatte.<sup>9</sup>

#### b) Privatrechtliche Ansprüche

Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist nicht bei der Rezeption des Sacheigentums des bürgerlichen Rechts stehengeblieben.<sup>10</sup> Eingeschlossen wird jedes vermögenswerte Recht, damit auch privatrechtliche Forderungen.<sup>11</sup> Der Anspruch des Erwerbers gegen den Nichtberechtigten genießt genauso Schutz vor Eingriffen des Staates wie die Position des Sacheigentümers. Die Parallele greift aus bis zum Entstehungsgrund: Ob der Forderung ein synallagmatischer Vertrag zugrunde liegt oder ob sie aus einem unentgeltlichen Geschäft resultiert, hat auf die Garantie gegenüber der öffentlichen Gewalt grundsätzlich keinen Einfluß.<sup>12</sup> Gesichert ist wie beim Sacheigentum primär der Bestand des Anspruchs auf eine bestimmte Leistung, nicht etwa nur der darin verkörperte Wert. Garantiert wird die Befugnis in der Hand des einzelnen, die Zuordnung zu einem Rechtsträger.<sup>13</sup>

---

Entzug oder eine ersatzlose Schwächung durch den Staat verbiete, der ja am Zustandekommen nur durch das Zur-Verfügung-Stellen eines Ordnungsrahmens beteiligt war (dies will *Wendt*, Eigentum S. 123 genügen lassen), trägt nicht, wie der Naßauskiesungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts demonstriert: Das Grundwasser braucht keineswegs dem einzelnen Grundeigentümer zugewiesen zu werden (BVerfGE 58, 300, 339), soweit er nicht Eigentumsschutz in Form konkretisierten Vertrauens genießt, da er Leistungen erbracht hat, die ansonsten entwertet wären (BVerfGE 58, 300, 349f.). Auch die enge Verbindung zwischen Freiheit und Eigentum (vgl. dazu statt aller *Wendt*, Eigentum S. 80f. mwN.) beschreibt nur den Schutzgrund, nicht dagegen die Zuweisung im konkreten Einzelfall. Obgleich es den Freiheitsaspekt betont, besteht das Bundesverfassungsgericht z. B. beim Schutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen auf der eigenen Aufwendung (vgl. statt aller BVerfGE 69, 272, 300, 301). Auf diesen Gesichtspunkt dürfte man also kaum verzichten können.

<sup>9</sup> Anderes gilt für den (beschenkten) redlichen Erwerber; vgl. unten § 4 III 2c.

<sup>10</sup> Grundlegend *Wolff*, Festschrift für Kahl S. 1, 3f.; *C. Schmitt*, Auflösung S. 110ff., insbesondere S. 116, der eine solche Erweiterung bekämpft hat, ist im Ergebnis ohne Gefolgschaft geblieben; vgl. etwa *BK/Kimminich*, Art. 14, 55; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 93f., 95f.

<sup>11</sup> BVerfGE 42, 263, 293; 45, 141, 179 (in BVerfGE 18, 121, 131 für Rechte aus einem Mietvertrag noch offen gelassen); 77, 370, 377; BGHZ 59, 250, 256; 83, 1, 3ff. mwN.; 92, 94, 104; *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 190; *BK/Kimminich*, Art. 14, 56; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 11; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 14, 3; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 666; *ders.*, Staatsrecht C 81; *Hesse*, Rdn. 444; *Maunz/Zippelius*, § 28 II 2; *Rüfner*, in *Erichsen/Martens* § 52 II 2a; *Erichsen*, Staatsrecht I S. 118; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 95; v. *Brünneck*, Eigentum S. 392; *Breuer*, Bodennutzung S. 13 mwN.; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 30; *Mayer/Kopp*, Allg. Verwaltungsrecht S. 444; *Krause*, JZ 1984, 714; *Hendler*, DVBl 1983, 875; *Dörr*, NJW 1988, 1050.

<sup>12</sup> Zu den Abstufungen aufgrund der Kollision mit gleichrangigen Belangen vgl. unten § 4 III 2c.

<sup>13</sup> BVerfGE 42, 263, 294.

## 2. Die Inhaltsbestimmung des Eigentums durch die Legislative und ihre Schranken

Die konkrete Formung des Eigentums – und damit die Festlegung des Grundrechts gegenüber dem Einzelzugriff von Legislative und Exekutive<sup>14</sup> – ist Aufgabe des Gesetzgebers. Seine Entscheidung gestaltet Art und Umfang der Garantie,<sup>15</sup> was ihn indes nicht davon freistellt, Strukturprinzipien, quasi als Gesetzgebungsauftrag,<sup>16</sup> zu beherzigen.

### a) Die Garantie der privatnützigen Zuordnung

Die gesetzlich genannten Richtlinien, Inhalt und Schranken zu bestimmen sowie die Sozialbindung zu verwirklichen, sind nach ganz einhelliger Ansicht unlösbar ineinander verwoben.<sup>17</sup> Der Gestaltungsrahmen des Gesetzgebers wird von zwei Polen her geprägt: den auf Anerkennung des Privateigentums basierenden Befugnissen des Eigentümers einerseits und den Interessen der Allgemeinheit andererseits, speziell der auf die Nutzung angewiesenen Nichteigentümer.<sup>18</sup>

Beiden Belangen ist in gleicher Weise Rechnung zu tragen,<sup>19</sup> zudem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren,<sup>20</sup> was eine breite Palette zulässiger Formen

<sup>14</sup> Diese Festlegung gilt zunächst gegenüber der Exekutive, die ohne Gesetz nicht eingreifen kann; das ergibt sich schon aus der Gesetzesbindung der Verwaltung; vgl. etwa *Schwerdtfeger*, Struktur S. 21; *ders.*, Mitbestimmung S. 225; *Gallwas*, Grundrechte S. 101; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 34; *Kimminich*, NuR 1985, 1; ebenso BVerfGE 24, 367, 395 f.; 45, 297, 325 f.; 52, 1, 27; 58, 300, 331 jeweils für die Legaleiteignung, die hier als Verwaltung durch Gesetz verstanden wird, vgl. z. B. BVerfGE 24, 367, 401. Diese Festlegung gilt aber auch gegenüber der Legislative, soweit sie nur den Einzeleingriff in anderweit garantiertes Eigentum zuläßt; vgl. etwa *Hendler*, DVBl 1983, 877. – Das dürfte auch den etwas unscharfen Satz des Bundesverfassungsgerichts erklären, die konkreten Befugnisse des Eigentümers ergäben sich aus der Zusammenschau aller zu diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden Vorschriften (vgl. oben § 3 II 2b mit Fn. 30). Der Gesetzgeber ist frei, solange er die Vorgaben des Grundgesetzes beachtet.

<sup>15</sup> Das ist unstreitig; vgl. z. B. BVerfGE 31, 229, 240; 52, 1, 27; 53, 257, 292; 58, 81, 109 f.; 58, 300, 330; 64, 87, 98; (implizit, aber ganz selbstverständlich) 68, 361, 367; 70, 101, 110; 72, 9, 22; 74, 203, 214; 74, 264, 281; 75, 78, 97; 76, 220, 238; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 251; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 662; *Gallwas*, Grundrechte S. 96; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 15 ff.; *Böhmer*, NJW 1988, 2572.

<sup>16</sup> So z. B. *Schwerdtfeger*, Struktur S. 17; ähnlich *Böhmer*, NJW 1988, 2573: verbindliche Maßstäbe für den Gesetzgeber.

<sup>17</sup> Vgl. statt aller BVerfGE 50, 290, 340; 71, 230, 246; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 132; *Maunz*, BayVBl 1981, 325.

<sup>18</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 25, 112, 118; 37, 132, 140; 50, 290, 340 f.; 52, 1, 29; 68, 361, 368; 70, 191, 200 f.; 72, 66, 77 f.; 74, 201, 204; BVerfG WM 1989, 341, 343; BGHZ 101, 24, 27; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 252; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 57; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 673; *Gallwas*, Grundrechte S. 97; *Böhmer*, AgrarR 1984 Beilage I S. 17; *ders.*, Der Staat 24 (1985), 158 Fn. 3; *Dörr*, NJW 1988, 1051.

<sup>19</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 25, 112, 117 f.; 31, 229, 242; 37, 132, 140; 49, 382, 394; 52, 1, 29; 58, 137, 147; 68, 361, 368; 72, 66, 78; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 254; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 57; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 673; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 18 f.; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 131.

<sup>20</sup> Vgl. dazu oben § 3 V 3 mit Fn. 212–214.

jedoch nicht nur nicht ausschließt, sondern geradezu bedingt. Je mehr das Eigentumsobjekt in sozialem Bezug und in sozialer Funktion steht, desto weiter geht die Befugnis der Legislative.<sup>21</sup> Doch hat umgekehrt auch die Pflicht des Gesetzgebers, die Interessen des Eigentümers zu achten, ihre Konsequenzen. Die Institutsgarantie des Eigentums setzt die Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis voraus<sup>22</sup> und beschränkt so die Möglichkeiten der Legislative, den Umfang beliebig zu konturieren. Die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG fordert in jedem Fall, daß die Substanz in der Hand des einzelnen Berechtigten sowie das Zuordnungsverhältnis gewahrt bleiben.<sup>23</sup> Die Regelung des Eigentumsinhalts hält nicht schon deswegen dem Grundgesetz stand, weil sie als formelles Gesetz ergangen ist,<sup>24</sup> vielmehr muß sie in materieller Sicht mit höherrangigem Recht übereinstimmen.<sup>25</sup> Dem Gesetzgeber ist es verwehrt, unter dem Etikett einer Inhalts- und Schranken-

<sup>21</sup> Vgl. z.B. BVerfGE 21, 73, 83; 31, 229, 242; 36, 281, 292; 37, 132, 140; 42, 263, 294; 50, 290, 340f.; 68, 361, 368; 70, 191, 201; BGHZ 101, 24, 27; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 255; v. Münch/Bryde, Art. 14, 57; AK/Rittstieg, Art. 14/15, 169; Hesse, Rdn. 448; Gallwas, Grundrechte S. 97; Nüssgens/Boujong, Rdnr. 133; Ossenbühl, Festschrift für Zeidler S. 627; Katzenstein, Festschrift für Simon S. 858; Breuer, Bodennutzung S. 18; Schwerdtfeger, Struktur S. 20; Krause, JZ 1984, 714; weitere Differenzierungsmaximen bei Häberle, AöR 109, 64f.

<sup>22</sup> BVerfGE 24, 367, 389; 31, 229, 240; 37, 132, 140; 38, 175, 181; 38, 348, 370; 42, 263, 294f.; 49, 244, 250; 50, 290, 339; 58, 300, 345; 68, 361, 367f.; 72, 68, 78; 72, 175, 193; 74, 264, 281, 283; 77, 263, 270f.; BVerfG WM 1989, 341, 344; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 274, 307, 345; v. Münch/Bryde, Art. 14, 59; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 14, 6; Gallwas, Grundrechte S. 96; Schwerdtfeger, Struktur S. 17f.; ders., JuS 1983, 106f.; Badura, Staatsrecht C 81; Badura/Rittner/Rüthers, Mitbestimmungsgesetz 1976 S. 225f.; Nüssgens/Boujong, Rdn. 2; Maunz, BayVBl 1981, 322; Krause, JZ 1984, 714; Knauber, NVwZ 1984, 754; Hendler, DVBl 1983, 874f.; Rengeling, AöR 105, 430, 436; Battis/Felkl-Brentano, JA 1983, 495; Kimmich, NuR 1985, 4f.; Böhmer, AgrarR 1984 Beilage I S. 17; ders., NJW 1988, 2573; a. A. Ramsauer, DVBl 1980, 540f.; Schulze-Osterloh, NJW 1981, 2540; vgl. dazu unten § 4 II 1d (2). – In BVerfGE 26, 215, 222; 52, 1, 30f. liegt der Akzent auf der Möglichkeit, die Sache zu veräußern. – Art. 15 GG ändert daran nichts. Als Parallelvorschrift zu Art. 14 Abs. 3 GG setzt er gerade die Anerkennung der hier geschilderten Grundsätze über die Formung des Eigentums voraus; vgl. etwa Schwerdtfeger, Struktur S. 34f. – Daneben kommt der Wesensgehaltsgarantie kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr zu; vgl. statt aller BVerfGE 58, 300, 348.

<sup>23</sup> BVerfGE 24, 367, 389f.; 38, 175, 181; 42, 263, 295; 50, 290, 341; 51, 193, 220; 53, 257, 290; 68, 361, 368, 371; 71, 230, 246f.; 72, 68, 78; 74, 264, 281, 283; 77, 263, 270f.; BVerfG NJW 1988, 2594, 2596: In jedem Fall erfordert die Gewährleistung die Erhaltung der Substanz des Eigentums; BGHZ 80, 111, 115; 99, 22, 34; Badura, Handbuch des Verfassungsrechts S. 668; Gallwas, Grundrechte S. 96; Badura/Rittner/Rüthers, Mitbestimmungsgesetz 1976 S. 221; Nüssgens/Boujong, Rdn. 6f.; Battis, Allg. Verwaltungsrecht Rdn. 434f.; Schmidt-Aßmann, DVBl 1982, 154; Häberle, AöR 109, 68; Maunz, BayVBl 1981, 325; Soell, DVBl 1983, 246; Ossenbühl, Festschrift für Zeidler S. 626, 630, 638; Böhmer, NJW 1988, 2563; ähnlich BVerfGE 58, 137, 148; 62, 169, 183: keine unzumutbare Belastung des Eigentümers im vermögensrechtlichen Bereich.

<sup>24</sup> Vgl. etwa BVerfGE 52, 1, 27; 62, 169, 183; Nüssgens/Boujong, Rdn. 130; Dörr, NJW 1988, 1050f.; Böhmer, NJW 1988, 2574.

<sup>25</sup> Vgl. etwa BVerfGE 21, 73, 79; 24, 367, 389; 25, 112, 117; 37, 132, 140; 42, 263, 305; 52, 1, 27; 62, 169, 183; Nüssgens/Boujong, Rdn. 130.

bestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Effekt eine Enteignung durchzuführen.<sup>26</sup> Überschreitet er seine Befugnis, so ist die Norm nichtig.<sup>27</sup>

Es gibt eine durchgängige – hier in ihrer historischen Genese und den einzelnen Nuancen nicht aufzufächernde – Unterscheidung zwischen der Institutsgarantie des Eigentums und dem gegen den Gesetzgeber gerichteten Grundrecht.<sup>28</sup> Wie sich deren Stoßrichtungen abgrenzen lassen, ob und inwieweit unterschiedliche Bereiche in der Rechtsprechung unter den Termini „Instituts-“ bzw. „Bestandsgarantie“ angesprochen werden, mit welcher Berechtigung sich die gerade in letzter Zeit zu beobachtende Tendenz verstärkt, die beiden Aspekte ineinander zu verschränken,<sup>29</sup> mag auf sich beruhen. Jedenfalls fußt das Grundrecht auf der Institutsgarantie;<sup>30</sup> ob es darüber hinaus – vom Vertrauensschutz und der dadurch indizierten Notwendigkeit sanfter Übergänge abgesehen – noch über einen eigenständigen Schutzbereich verfügt, braucht hier nicht entschieden zu werden: Die grundsätzliche Privatnützigkeit ist bereits durch die Institutsgarantie gewährleistet.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> BVerfGE 42, 263, 294 f.; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 7, 133; „Enteignung“ ist in dieser Formel natürlich untechnisch gemeint; ein solches Gesetz ist nichtig; vgl. die Nachw. in Fn. 35; besser spricht man wohl von enteignender Wirkung; vgl. etwa *Badura*, Staatsrecht C 81.

<sup>27</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 58, 300, 323; BVerfG NJW 1988, 2594, 2596; BGHZ 100, 136, 144; 102, 350, 360; *Böhmer*, NJW 1988, 2567, 2574; der Sache nach auch BVerfGE 72, 9, 18, 23; 74, 203, 213 ff. – Natürlich kann der Eingriff durch Art. 14 Abs. 3 GG gedeckt sein, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. z. B. BVerfG NJW 1988, 2594, 2596); vgl. dazu unten § 4 II 1 a mit Fn. 61.

<sup>28</sup> Grundlegend *Wolff*, Festschrift für Kahl S. 5 f.; ebenso *Weber*, in *Bettermann/Nipperdey II* S. 355 ff.; *Stern*, III/1 S. 829; *Schwerdtfeger*, Mitbestimmung S. 239 ff.; *ders.*, Struktur S. 17 ff.; *Rengeling*, AöR 105, 428 ff.; *Maunz*, BayVBl 1981, 322; *Schulze-Osterloh*, NJW 1981, 2540; *Hendler*, DVBl 1983, 874; *Battis/Felkl-Brentano*, JA 1983, 495; *Wendt*, Eigentum S. 183 ff.; v. *Brünneck*, Eigentum S. 315.

<sup>29</sup> Vgl. etwa BVerfGE 52, 1, 30, wo von „grundrechtlich garantierter Rechtsstellung“ die Rede ist; 58, 300, 339, 345, wo zunächst geschildert wird, was das Privateigentum als Rechteinrichtung ausmache, dann dieser Begriff mit dem Schutz des konkreten Eigentümers aufgefüllt wird; 68, 361, 367 f., wo beide Aspekte undifferenziert nebeneinander abgehandelt werden; 71, 230, 246, wo nur noch von der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums gesprochen wird; BVerfGE 72, 175, 193 erwähnt nur noch die Eigentumsgarantie; den engen Zusammenhang betonen *Schwerdtfeger*, Struktur S. 17; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 2, 8; *Böhmer*, Der Staat 24 (1985), 160 Fn. 10; *Maunz*, BayVBl 1981, 324; *Schulze-Osterloh*, NJW 1981, 2540 Fn. 34.

<sup>30</sup> Vgl. etwa BVerfGE 24, 367, 389; 50, 290, 339; *Weber*, in *Bettermann/Nipperdey II* S. 361; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 1; *Maunz*, BayVBl 1981, 322; v. *Brünneck*, Eigentum S. 315; ähnlich *Gramlich*, JZ 1986, 273: Institutsgarantie als Komplementärfunktion des Grundrechts.

<sup>31</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 22. – Der Unterschied mag in folgendem liegen: Soweit der Gesetzgeber – über die Institutsgarantie hinausgehend – einen Eigentumsinhalt konstituiert, ist er bei Einzeleingriffen an diesen Bestandsschutz gebunden. Er kann die Verwaltung nur unter den Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG zum Eingriff ermächtigen (so etwa *Hendler*, DVBl 1983, 876; *Battis/Felkl-Brentano*, JA 1983, 497; *Schmidt-Aßmann*, Festschrift 600 Jahre Universität Heidelberg S. 114). Für die Legislative folgt daraus, soweit sie nicht funktional Verwaltung per Gesetz ausübt, keine Begrenzung ihrer Gestaltungsfreiheit, die sie stärker

## b) Die Durchbrechung der privatnützigen Zuordnung durch die §§ 892 f., 932 ff. BGB

Primär von der konkreten Regelungsmaterie hängt es ab, inwieweit bürgerlich-rechtliche Normen den Sozialbezug zu achten haben;<sup>32</sup> das Mietrecht hebt sich insoweit vom Hypothekenrecht ab. Doch selbst die These, die Regeln des redlichen Erwerbs reagierten auf intensive Anforderungen des Gemeinwohls, denen das Eigentum als Verkehrsgegenstand zu genügen habe, unterstellt, wären die §§ 892 f., 932 ff. BGB von der Sozialpflichtigkeit nicht gedeckt. Denn intensiver als durch den Entzug des Eigentums am Gegenstand selbst – und nicht etwa nur der Nutzungsmöglichkeit in einer Hinsicht<sup>33</sup> – kann die privatnützige Zuordnung nicht beeinträchtigt werden.<sup>34</sup> Überdies lassen sich solch intensive öffentliche Interessen nur schwerlich reklamieren. Weder bedarf der Erwerber pauschal eines nachhaltigeren Schutzes als der Eigentümer – als sei er etwa wie ein Wohnungsmieter speziell auf die Nutzung fremden Eigentums angewiesen –, noch basieren die §§ 892 f., 932 ff. BGB auf erhöhter Sozialgebundenheit, die vornehmlich redlich erworbene Güter auszeichnen würde.

beengen würde als die Institutsgarantie – sieht man von der Notwendigkeit weicher Übergänge ab. Ob die Institutsgarantie ferner benötigt wird, um die Aushöhlung des Eigentums kraft durchgängiger Enteignung hintanzuhalten (so etwa Häberle, Wesensgehaltgarantie S. 122) oder den Gesetzgeber zu veranlassen, auch neu sich bildende Berechtigungen als Eigentum auszugestalten (so wohl Rüfner, 2. Sozialrechtslehrtage S. 175), mag unentschieden bleiben.

<sup>32</sup> Vgl. statt aller BVerfGE 52, 1, 29 f.; 68, 361, 368; BVerfG WM 1989, 341, 343; 1989, 346, 347 einerseits, BVerfGE 42, 263, 294 andererseits. Die Sozialbindung als ratio legis zu leugnen ist im konkreten Fall freilich alles andere als überzeugend. Zweck des Contergan-Stiftungsgesetzes ist es nicht nur, die bestehenden Ansprüche durch Überleitung auf ein gesetzliches Fundament zu sichern, sondern auch, Geschädigte, die an dem ursprünglichen Vergleich nicht beteiligt waren, an den zur Verfügung gestellten Mitteln teilhaben zu lassen (BVerfGE 42, 263, 303 f.). Das hat Konsequenzen: Im Gegensatz zu Kollisionsregeln, die zum Totalentzug des Eigentums führen können (vgl. dazu unten § 4 III 1), muß bei der Sozialbindung die prinzipiell privatnützige Zuordnung erhalten bleiben, was denn das Gericht in diesem Fall auch prompt untersucht und bejaht (BVerfGE 42, 263, 299, 301 ff.). Demgemäß ist im Urteil die Rede von der Spannungslage zwischen geschütztem Freiheitsraum und sozialstaatlicher Ordnung (BVerfGE 42, 263, 299); BVerfGE 49, 382, 400 zitiert die Entscheidung als Fall einer Sozialbindung. – Vgl. als Beispiel für fehlende Sozialbindung etwa BVerfGE 53, 257, 295.

<sup>33</sup> So lag es etwa in BVerfGE 58, 300, 339; das Gesetz untersagt nur die Nutzung des Grundwassers, nicht jedoch des Grundstücks im übrigen; bei Aberkennung jeglichen privatnützigen Gebrauchs wäre konsequenterweise anders zu entscheiden (vgl. z.B. Papier, in Maunz/Dürig Art. 14, 371 c).

<sup>34</sup> Eine Ausnahme gilt, wenn das betroffene eigentumsgeschützte Recht zwar durch Zeitablauf erlischt, dies vom Berechtigten aber leicht verhindert werden kann (BVerfGE 70, 278, 285 f. – Lohnsteuerjahresausgleich). – Ob im Entzug des Eigentums zu Lasten des jeweils Betroffenen zudem ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt, entscheidet sich danach, ob man die Wirkung in den Vordergrund stellt oder aber das alle Eigentümer abstrakt gleichermaßen treffende Risiko. Die erstgenannte Ansicht dürfte zutreffend sein; sie berücksichtigt die tatsächliche Beeinträchtigung; auch ein den Betroffenen „zufällig“ berührender Entzug bleibt gleichheitswidrig. Der Grundsatz der Lastengleichheit ist dann verletzt (vgl. zu diesem Prinzip etwa Soell, DVBl 1983, 246).



In diese Richtung weisen samt und sonders auch die von den Fachgerichten und der Literatur entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von Sozialbindung und Enteignung, wenngleich sich deren Funktion verschoben hat: Ging es früher um die Begründung der Entschädigungspflicht,<sup>35</sup> so steht heute die Frage der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Inhaltsbestimmung im Mittelpunkt.<sup>36</sup> Verletzt sie die Garantie der Privatnützigkeit, so ist das Gesetz rechtswidrig und deckt die Beeinträchtigung nicht.<sup>37</sup> Für den redlichen Erwerb führt die (modifizierte) Einzelakttheorie zu keinem anderen Resultat als die Ansicht, der Entzug der Privatnützigkeit oder das Gewicht des Eingriffs sei entscheidend.<sup>38</sup> Wie immer man Art. 14 Abs. 1 iVm. Abs. 2 GG interpretiert, die Zuordnung der Sache an einen Dritten überschreitet die Befugnis des Gesetzgebers zur Sozialbindung.

#### c) Die Rolle des Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG

Freilich nennt Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG mit dem Wohl der Allgemeinheit als Richtschnur der Inhaltsbestimmung des Eigentums exakt dasselbe Merkmal, das gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG (nebst angemessener Entschädigung) die Durchbrechung des Bestandes in der Hand des Berechtigten erlaubt. Hieraus zu schließen, damit sei ein Entzug im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung eröffnet, würde das Problem jedoch verkürzen. Zwar bleibt die Abgrenzung der beiden Parallelstellen merkwürdig diffus. So soll die abweichende Formulierung im Kontext entscheidend sein: die Enteignung sei nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig, während die an der Sozialbindung ausgerichtete Prägung des Eigentums diesem Wohl lediglich diene, somit sich die Gewichtung verschiebe.<sup>39</sup> Man mag Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG einen engeren Begriff zugrunde legen; was hinreichend sei, die Ausgestaltung zu rechtfertigen, müsse noch lange nicht zur Durchbrechung des Bestandes taugen.<sup>40</sup> Selbst wenn man die beiden Begriffe gleich interpretiert,<sup>41</sup> impliziert das nicht, daß sie zu

<sup>35</sup> Zum enteignungsgleichen Eingriff vgl. unten § 4 II 1 e.

<sup>36</sup> Vgl. etwa BVerfGE 52, 1, 27 f.; 58, 137, 145; *Hendler*, DVBl 1983, 875, 879; *Krause*, JZ 1984, 714. – Soweit man salvatorische Entschädigungsklauseln für zulässig erachtet, geben die Kriterien wiederum den Ausschlag für die Abgrenzung zwischen (entschädigungsloser) Sozialbindung und (entschädigungspflichtiger) Enteignung (vgl. dazu BGHZ 99, 22, 28, 33 ff.).

<sup>37</sup> Eine enteignend wirkende Vorschrift, die die Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG nicht erfüllt, ist rechtswidrig; vgl. dazu vorläufig *Böhmer*, Der Staat 24 (1985), 163 Fn. 16 mwN. für den Fall einer fehlenden Entschädigung sowie unten Fn. 61.

<sup>38</sup> Den Einzelheiten braucht hier mangels Relevanz nicht weiter nachgegangen zu werden; vgl. etwa die Darstellung der verschiedenen Theorien bei *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 295 ff. – Der Vorteil, den der betroffene Eigentümer aus dem Institut des redlichen Erwerbs zieht (vgl. oben § 1 III), kompensiert auch nicht seinen Verlust. Tangiert ist allein er, während sich alle der Begünstigung erfreuen; schwerer als der Totalentzug kann ein Eingriff nicht sein.

<sup>39</sup> *Böhmer*, BVerfGE 56, 249, 266, 275 f. – concurring opinion; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 79.

<sup>40</sup> *Schwabe*, JZ 1983, 275 Fn. 19, der das Argument allerdings nicht näher ausführt; wohl auch v. *Brünneck*, Eigentum S. 397.

<sup>41</sup> *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 201; wohl auch – obiter – *Ipsen*, AöR 78, 321; *Leisner*, Sozialbindung S. 87, der damit begründet, warum das Wohl der Allgemeinheit als Abgrenzungskriterium untauglich sei, was im Ergebnis mit der hier vertretenen Meinung, entscheidend sei der

identischen Ergebnissen führen müssen. Ihre Funktion bleibt unterschiedlich. Der öffentliche Belang kann noch so gewichtig sein; solange sich die Legislative nicht entschließt, die Enteignung durch ein Gesetz zu ermöglichen und dabei für den Eigentümer eine Entschädigung vorzusehen, kann der Staat nicht auf das Eigentum als Ganzes zugreifen.

#### d) Rechtfertigung durch gesteigerte Sozialbindung?

Trotz steter Wiederholung der Formel, die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums dürfe die privatnützige Zuordnung nicht aufheben, sind Ausnahmen auch und gerade in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu übersehen. Nur grundsätzlich ist etwa die Entscheidung über die Verwertung eines Werkes dem Autor bzw. dem Verleger anheimgegeben;<sup>42</sup> nicht jede denkbare Art wirtschaftlichen Nutzens ist durch die Verfassung gesichert.<sup>43</sup> Bei entsprechend großem Interesse der Allgemeinheit und – dem korrespondierend – intensiver Sozialbindung kann der Urheber die Aufführung und Verbreitung seines Werkes nicht untersagen.<sup>44</sup> Als Kompensation steht ihm freilich ein Vergütungsanspruch zu.<sup>45</sup> Das als Sonderproblem des Urheberrechts als Immaterialgüterrecht abzutun,<sup>46</sup> entspricht spätestens seit der Pflichtexemplarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>47</sup> jedenfalls nicht mehr dem Selbstverständnis des Gerichts. Der Staat wird durch eine Norm ermächtigt, konkretes Sacheigentum zu entziehen. Nicht anders kann man nämlich die Pflicht des Verlegers verstehen, von jedem Druckwerk ein Belegexemplar abzuliefern. Die privatnützige Zuordnung des Einzelstücks ist aufgehoben. Angesichts des vom Bundesverfassungsgericht betonten Eigenlebens des Werkes als geistiges und kulturelles Allgemeingut – Indiz für eine Widmung zum Wohl der Allgemeinheit – liegt es zwar nahe, eine geradezu „klassische Enteignung“ zu diagnostizieren – die Inanspruchnahme eines Gegenstandes, um ihn positiv für einen öffentlichen Zweck einzusetzen oder zur Verfügung zu stellen.<sup>48</sup> Der Hinweis

---

Entzug (vgl. dazu unten § 4 II 1 a mit Fn. 55), übereinstimmt; unentschieden *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 271 Fn. 130.

<sup>42</sup> Vgl. etwa BVerfGE 31, 229, 338 ff.; 49, 382, 392.

<sup>43</sup> Vgl. etwa BVerfGE 31, 229, 241; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 3.

<sup>44</sup> BVerfGE 31, 229, 242 f.; 49, 382, 394; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 187; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 17; AK/*Rittstieg*, Art. 14/15, 110 f.; *Kirchhof*, Festschrift für Zeidler S. 1653 f.

<sup>45</sup> BVerfGE 31, 229, 243 ff.; 49, 382, 398 ff.; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 187; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 17; AK/*Rittstieg*, Art. 14/15, 110 a; *Badura*, Festschrift für Maunz II S. 10; *Kirchhof*, Festschrift für Zeidler S. 1654 f. – BVerfGE 31, 270, 274 (ähnlich 31, 248, 252 ff.) betraf einen Sonderfall; das Recht zur Aufführung war durch die einmalige Zahlung abgegolten.

<sup>46</sup> So etwa v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 17.

<sup>47</sup> BVerfGE 58, 137, 144 ff.

<sup>48</sup> Zu dieser Definition vgl. z. B. BK/*Kimminich*, Art. 14, 122; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 25; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 331. Nach Erlass des BGB wurde der Enteignungsbegriff von Grundstücken auf bewegliche Sachen ausgedehnt; der Schutzbereich deckte sich nunmehr mit dem des § 903 BGB; vgl. statt aller BK/*Kimminich*, Art. 14, 122; *Frenzel*, Enteignung S. 37, 236; a. A. *Weber*, in *Bettermann/Nipperdey II* S. 338; im Ergebnis spielt diese Kontroverse hier keine Rolle.

des Bundesverfassungsgerichts, das Eigentum sei schon bei Entstehung mit der Pflicht zur Ablieferung eines Exemplares belastet,<sup>49</sup> setzt voraus, was zu beweisen wäre: daß und warum die privatsnützige Zuordnung in solchen Fällen der gesetzgeberischen Gestaltung nicht die Grenze zieht.<sup>50</sup>

Legitimation wie Konsequenzen dieser Ansätze sind trotz der verbleibenden Zweifel zumindest über den korrekten dogmatischen Ansatz hier nicht weiter zu analysieren. Tragend für den verminderten Schutz der Substanz ist die mit der Publikation verbundene soziale Bedeutung des Werkes und die hierzu parallel laufende Verselbständigung zu geistigem Eigenleben. Unabhängig von der Verfügungsbefugnis wird es literarisches Allgemeingut.<sup>51</sup> Das mag es rechtfertigen, den geschützten Kern des Eigentums in besonders sozialpflichtigen Bereichen auf die Zuordnung der vermögenswerten Ergebnisse schöpferischer Leistung zurückzuschrauben.<sup>52</sup> Wie man die Grenzen hierbei auch immer zieht; die an den redlichen Erwerber veräußerte fremde Sache fällt nicht darunter – schon deswegen, weil sie in seiner Hand seinen rein privatsnützigen Zwecken zu dienen bestimmt ist.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> BVerfGE 58, 137, 144 f.

<sup>50</sup> Vgl. unten Fn. 159 a. E. – Die Sozialbindung reicht auch in sonstigen Fällen recht weit und kann faktisch zur fast vollständigen Beschränkung des Eigentums führen. So wäre das frühere Kleingartenrecht wohl auch nach wie vor verfassungsgemäß, hätte nicht ein umfassender Wandel eingesetzt; insbesondere ist die ernährungspolitische Legitimation entfallen. BVerfGE 52, 1, 34 ff. stellt denn überwiegend auf diese Veränderung ab; vgl. zu diesem Problem auch *Leisner*, AgrarR 1984 Beilage I S. 22. – Hier nicht zu verfolgende Modifikationen mag es auch für die Auferlegung von Steuern geben (vgl. nur *Loritz*, NJW 1986, 9 f.). – Auch bei sozialversicherungsrechtlichen Positionen werden in der Literatur zum Teil abweichende Modelle favorisiert. Auf einer der Inhalts- und Schrankenbestimmung vorgelagerten Stufe habe der Gesetzgeber, da er das Eigentum erst schaffe, weiter gehende Gestaltungsbefugnisse (so etwa *Degenhart*, BayVBl 1984, 66 mit Fn. 25). Die anschließend genannten Strukturprinzipien lehnen sich an Bekanntes an: Die gesetzgeberischen Spielräume seien abgestuft nach der Leistungsäquivalenz (*Degenhart*, BayVBl 1984, 67). Das trifft sich mit der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, die Eigenleistung sei insbesondere für die Frage wesentlich, inwieweit der Gesetzgeber Inhalt und Schranken der Position regeln könne (BVerfGE 69, 272, 301), und mündet so in die allgemeine Dogmatik: Je geringer die Eigenleistung, desto freier der gesetzgeberische Spielraum (vgl. dazu auch unten § 4 III 2 c).

<sup>51</sup> BVerfGE 31, 229, 242; 49, 382, 394; 58, 137, 148 f.; *Kirchhof*, Festschrift für Zeidler S. 1655, 1659. Diese weitergehende Sozialpflichtigkeit und die entsprechend geringer geschützte Privatsnützlichkeit im Sinne eines Untersagungsrechts kommt bei *Wendt*, Eigentum S. 342 zu kurz (vgl. hierzu auch noch unten § 4 II 3 d).

<sup>52</sup> BVerfGE 31, 229, 241; 49, 382, 394; *Krüger-Nieland*, Festschrift für Simon S. 699; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 17, der freilich das Urheberrecht allgemein auf den Schutz des Vermögens reduzieren will; umgekehrt betonen *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 187 und *Badura*, Festschrift für Maunz II S. 10 die nach wie vor bestehende Befugnis, in eigener Verantwortung über das Werk zu verfügen.

<sup>53</sup> Vgl. zum Parallelproblem bei der Enteignung unten § 4 II 1 a (1).

## II. Die Qualifizierung des redlichen Erwerbs. Meinungsstand

### 1. Enteignung

Die Vorschriften der §§ 892f., 932ff. BGB stellen die Interessen des bislang Berechtigten regelmäßig hintan; er büßt sein Eigentum ein. Läßt sich dieser Verlust schon nicht als rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung verstehen, so scheint alles darauf hinzudeuten, daß man es hier mit enteignenden Gesetzen iS. des Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG zu tun hat, was folgerichtig – soll die Norm rechtmäßig sein – voraussetzt, daß den vom Grundgesetz aufgestellten Bedingungen genügt ist.

#### a) Definition: Entzug einer garantierten Position

Schon die Definition paßt: Enteignung ist jedenfalls<sup>54</sup> ein hoheitlicher Eingriff in den Bestand eines von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechts, sein vollständiger oder partieller Entzug.<sup>55</sup> So verstanden, regelt der redliche Erwerb zwar nicht den garantierten Bestand als solchen, er erlaubt vielmehr den Eingriff in anderweit geprägtes Eigentum für den jeweiligen Einzelfall. Schon eine frühe, in ihrer Schärfe nicht mehr erreichte Kritik hat die gesetzliche Regelung unter diesem

<sup>54</sup> Dem Entzug steht eine Beschränkung gleich, wenn sie dieselbe Eingriffstiefe erreicht (vgl. statt aller *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 450). Da beim redlichen Erwerb der Rechtsträger sich ändert, kann jedoch die Abgrenzung zur Aufopferungsenteignung und deren Legitimation offen bleiben (vgl. hierzu etwa BVerfGE 45, 297, 332; *Böhmer*, Der Staat 24 (1985), 185; den Überblick bei *Schmidt-Aßmann*, JuS 1986, 834f. sowie die Kritik bei AK/*Rittstieg*, Art. 14/15, 187; *Schwabe*, JZ 1983, 273).

<sup>55</sup> BVerfGE 52, 1, 27; 56, 249, 260; 58, 300, 331; 70, 191, 199f.; 71, 137, 143; 72, 66, 76; 74, 264, 280; BGHZ 99, 24, 28f.; (ähnlich auch BVerfGE 38, 175, 189f.; 45, 297, 326); *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 449; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 70; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 14, 8 m. umf. Nachw.; AK/*Rittstieg*, Art. 14/15, 189 mit der Einschränkung, der Zweck der Maßnahme dürfe nicht durch Interessen und Pflichten des bisherigen Rechtsträgers bestimmt sein; *Hesse*, Rdn. 450; *Rüfner*, in Erichsen/Martens § 52 II 2 a; *Badura*, Staatsrecht C 82; *Erichsen*, Staatsrecht I S. 125 (Enteignung immer bei Vollentzug von wirtschaftlich nutzbarer größerer Grundfläche); *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 324; v. *Brünneck*, Eigentum S. 402; *Wendt*, Eigentum S. 324f.; *Andersen*, Eigentum S. 182; *Bauschke/Kloepfer*, NJW 1971, 1236; ausführlich *Leisner*, Sozialbindung S. 199f. mwN. in Fn. 426, 427; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 114f.; *ders.*, NJW 1983, 3; *Gallwas*, Grundrechte S. 100f.; *Hendler*, DVBl 1983, 875; *Götz*, AgrarR 1984, 1; *Böhmer*, AgrarR 1984 Beilage I S. 15; *Knauber*, NVwZ 1984, 755; *Battis*, Allg. Verwaltungsrecht Rdn. 438; *ders.*, NVwZ 1982, 588; *J. Ipsen*, DVBl 1983, 1030; *Bäumler*, DÖV 1980, 339; *Mayer/Kopp*, Allg. Verwaltungsrecht S. 441, 443; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht § 26 Rdn. 14; *Schmidt-Aßmann*, Festschrift 600 Jahre Universität Heidelberg S. 120; *ders.*, JuS 1986, 837; *Parodi*, Enteignung S. 117ff.; *Gramlich*, JZ 1986, 273; undeutlich BK/*Kimminich*, Art. 14, 119f. – Zum Problem der Person des Eingreifenden vgl. genauer unten § 4 II 2.

Aspekt attackiert.<sup>56</sup> Neuere Einordnungsversuche scheinen diese Sicht zu bestätigen.<sup>57</sup>

Auseinanderzuhalten sind freilich der Begriff der Enteignung und die Bedingungen einer rechtmäßigen Enteignung.<sup>58</sup> Nur wenn sämtlichen verfassungsmäßigen Erfordernissen der Enteignung – dem Wohl der Allgemeinheit wie der gesetzlichen Festlegung einer Entschädigung – entsprochen wird, wandelt sich die Bestandsgarantie in eine Wertgarantie.<sup>59</sup> Das Wohl der Allgemeinheit ist Zulässigkeitsvoraussetzung einer rechtmäßigen Enteignung, nicht dagegen Definitionsmerkmal.<sup>60</sup> Dient der Eingriff nicht dem Wohl der Allgemeinheit, so ist er, da widerrechtlich, aufzuheben;<sup>61</sup> der in einer Norm statuierte Wechsel des Rechtsträgers läuft dann angesichts der Nichtigkeit des Gesetzes leer. Gefordert ist überdies eine Regelung, die den Staat zum Ausgleich der Einbußen anhält.<sup>62</sup> Der bisherige Eigentümer muß für seine Verluste abgefunden werden.

#### b) Der redliche Erwerb als enteignender Eingriff?

So sehr es verlocken mag, den enteignenden Eingriff zu bemühen, so sehr würde dem Problem dabei ausgewichen. Der enteignende Eingriff – zu definieren als unmittelbare Nebenfolge rechtmäßigen hoheitlichen Verhaltens<sup>63</sup> – kann allenfalls

<sup>56</sup> *Binding*, Ungerechtigkeit S. 47 (ebenso i. E. *Menger*, Das bürgerliche Recht S. 124 ff.). – Die Schrift ist zwar bereits 1908 erschienen, also zu einer Zeit, da Art. 14 GG noch nicht galt, die Grundrechte nur in den einzelnen Landesverfassungen garantiert waren (vgl. statt aller *Oestreich*, in *Bettermann/Nipperdey I* 1 S. 87). Für die hier behandelte Problematik zeigen sich keine Auswirkungen des Unterschieds; der Begriff der Enteignung war damals keineswegs umfassender, sondern enger als heute.

<sup>57</sup> Vgl. die Nachw. in § 3 Fn. 2.

<sup>58</sup> Vgl. nur *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 191.

<sup>59</sup> Vgl. nur *Böhmer*, *Der Staat* 24 (1985), 179; *ders.*, *NJW* 1988, 2564.

<sup>60</sup> So denn auch die h. M.; vgl. etwa *Wolff*, Festschrift für Kahl S. 13 f., 20; *Papier*, in *Maunz/Dürig Art. 14*, 447; *BK/Kimminich*, Art. 14, 119 mwN.; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 354; *Bauschke/Kloepfer*, *NJW* 1971, 1233; *Schmidt-Aßmann*, *DVB* 1987, 219. – Zu den Autoren, die das Wohl der Allgemeinheit als Definitionsmerkmal begreifen, vgl. unten § 4 II 3 a, c.

<sup>61</sup> Vgl. nur *BVerfGE* 24, 367, 396 ff.; 45, 63, 76; 56, 249, 266; 58, 300, 323; *BVerfG NJW* 1988, 2594, 2596; *BGHZ* 76, 387, 394; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 150, 152; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 346 f.; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht § 26 Rdn. 59 h; *Battis*, Allg. Verwaltungsrecht Rdn. 442; *Schmidt-Aßmann*, Festschrift 600 Jahre Universität Heidelberg S. 117; *Böhmer*, *BVerfGE* 56, 249, 266, 267 – concurring opinion; *ders.*, *Der Staat* 24 (1985), 179; *ders.*, *NJW* 1988, 2564; *Papier*, *NJW* 1971, 2157; *ders.*, *JuS* 1985, 186; a. A. *Mayer/Kopp*, Allg. Verwaltungsrecht S. 462, der freilich vorwiegend mit dem Fall argumentiert, daß der Eingriff nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. – Auch die Rechtsprechung des BGH (*Z* 90, 17, 32 ff.), die den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff nach § 254 BGB mindert, wenn der Bürger nicht um primären Rechtsschutz nachgesucht hat, setzt das Recht, die Maßnahme aufheben zu lassen, voraus.

<sup>62</sup> Auch die Entschädigungsregel ist nicht (Definitions-) Bestandteil des verfassungsrechtlichen Enteignungsbegriffs (*BVerfGE* 45, 63, 75; dazu die Druckfehlerberichtigung bei *Böhmer*, *Der Staat* 24 (1985), 162 Fn. 15).

<sup>63</sup> Ständige Rechtsprechung; vgl. *BGHZ* 91, 20, 26; 97, 114, 126; 97, 361, 363; 99, 24, 29; 102, 350, 361; *BGH NJW* 1986, 2423, 2424; ebenso z. B. *Papier*, in *Maunz/Dürig Art. 14*, 634; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 99 mwN.; *Rüfner*, in *Erichsen/Martens* § 52 III 1 c; *Knauber*,

über die fehlende Entschädigungsvorschrift hinweghelfen; die die Begleitschäden auslösende final gesteuerte Maßnahme selbst muß das Wohl der Allgemeinheit im Auge haben. Auch davon abgesehen paßt das ganze Institut nicht. Es dient dazu, Nachteile abzufangen, die atypisch und aus diesem Grund nicht vorhersehbar sind.<sup>64</sup> Eine vom Gesetz direkt angestrebte Änderung der Eigentumszuweisung ist keine solche Nebenfolge.<sup>65</sup>

c) Das Wohl der Allgemeinheit als Zulässigkeitsvoraussetzung

Die Schwierigkeiten sind damit vorgezeichnet; das Problem, ob der in den §§ 892f., 932ff. BGB geregelte Entzug des Eigentums dem Wohl der Allgemeinheit dient, kann nicht ignoriert werden. Die bloße Tatsache, daß zugunsten eines Privatmanns eingegriffen wird, ist kein Hinderungsgrund, solange sichergestellt wird, daß die Sache in dessen Händen dem allgemeinen Wohl gewidmet ist.<sup>66</sup> Die besondere öffentlichen Zwecken dienende Zielsetzung etwa eines privatrechtlich organisierten Unternehmens kann dessen Struktur überlagern und den Zweck, Gewinn zu erzielen, in den Hintergrund treten lassen.<sup>67</sup>

(1) Die Palette der Definitionen, was als Allgemeinwohl einzustufen sei, reicht von dem recht rigorosen Postulat, die Sache müsse der Erfüllung dringender staatlicher Aufgaben zugute kommen,<sup>68</sup> über die schon abgeschwächte Formulierung, ein

NVwZ 1984, 755; *Hendler*, DVBl 1983, 881; *Boujong*, UPR 1984, 141f.; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 449f.; skeptisch *Achterberg*, Allg. Verwaltungsrecht § 25 Rdn. 71, der wegen des Fehlens einer Entschädigung stets enteignungsgleichen Eingriff annimmt.

<sup>64</sup> Das Kriterium der Vorhersehbarkeit wird nicht ganz einheitlich gehandhabt; daß der Eingriff „meist“ unvorhersehbar sein müsse, fordert etwa BGHZ 91, 20, 26; 100, 136, 144; 100, 335, 337; *Boujong*, UPR 1984, 141f.; strenger (nur bei unvorhersehbaren Nebenwirkungen) z.B. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 149; *Rüfner*, in *Erichsen/Martens* § 52 III 1c; *Hendler*, DVBl 1983, 881; *Knauber*, NVwZ 1984, 755; *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1987, 218; im Ergebnis auch *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 635. – Wenn BGH NJW 1986, 2423, 2424 den enteignenden Eingriff nunmehr auch bei vorhersehbaren Beeinträchtigungen bejaht, sprengt er das System des Art. 14 GG: Die Abgrenzung zu Art. 14 Abs. 3 GG diffundiert.

<sup>65</sup> Vgl. z.B. BGHZ 100, 136, 144; *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 634; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 149; *Hendler*, DVBl 1983, 881.

<sup>66</sup> BVerfGE 66, 248, 257; 74, 264, 284f.; BVerwGE 1, 42, 43; 71, 108, 124; *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 500; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 82; *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 204f.; *Badura*, Staatsrecht C 82; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 356; *Krohn/Löwisch*, Rdn. 50; *Achterberg*, Allg. Verwaltungsrecht § 24 Rdn. 45; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht § 26 Rdn. 37; *Schmidt-Aßmann*, Festschrift 600 Jahre Universität Heidelberg S. 120; *ders.*, JuS 1986, 833; *ders.*, NJW 1987, 1588; *Frenzel*, Enteignung S. 75f., 95f.; *Bullinger*, Der Staat 1 (1962), 451ff.; v. *Brünneck*, NVwZ 1986, 430; *Breuer*, DVBl 1981, 975; *Gramlich*, JZ 1986, 275f.; *Zimmer*, DÖV 1986, 1006.

<sup>67</sup> BVerfGE 66, 248, 257; 74, 264, 285; BVerwGE 71, 108, 124; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 82; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 356; *Krohn/Löwisch*, Rdn. 50; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht § 26 Rdn. 37; v. *Brünneck*, NVwZ 1986, 430; *Zimmer*, DÖV 1986, 1006; ähnlich *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 204; enger *Böhmer*, BVerfGE 56, 249, 266, 278f. – concurring opinion.

<sup>68</sup> *Böhmer*, BVerfGE 56, 249, 266, 279 – concurring opinion; BVerfGE 74, 264, 289; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 136; ähnlich *Frenzel*, Enteignung S. 113: überwiegende wirtschaftspolitische Interessen.

besonderer im öffentlichen Nutzen liegender Zweck sei ausreichend,<sup>69</sup> bis hin zu Vorschlägen, die sich mit schlichten Belangen der Allgemeinheit bescheiden.<sup>70</sup>

Wie auch immer man die Abstufungen ziehen,<sup>71</sup> den Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers<sup>72</sup> einschätzen will: Das Wohl der Allgemeinheit muß der Position des Eigentümers überlegen sein<sup>73</sup> – was im Ergebnis nichts anderes bedeutet als die Umschreibung des Übermaßverbotes im engeren Sinn: Die Beeinträchtigung des Eigentümers darf nicht außer Verhältnis zum Nutzen der Maßnahme für das gemeine Wohl stehen.<sup>74</sup> Daß die Position des redlichen Erwerbers derjenigen des Eigentümers ohne weiteres vorzuziehen sei, wäre indes nichts als eine *petitio principii* – ganz abgesehen davon, daß solche rein privaten Interessen ohnedies ungeeignet sind, das Wohl der Allgemeinheit iS. des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG auszufüllen, mögen sie auch im Einzelfall gewichtiger sein als die widerstrebenden Belange des Eigentümers.<sup>75</sup>

(2) Unabdingbar ist demgemäß ein (auch) öffentlicher Belang; was liegt näher, als ihn im Schutz des Verkehrs zu sehen?<sup>76</sup> Nicht von ungefähr ist eine Reihe von bürgerlich-rechtlichen Normen ganz explizit vom Wohl der Allgemeinheit her motiviert. Die Mehrzahl der privatrechtlichen Gesetze ist auf Ausgeglichenheit, Reibungslosigkeit und Sicherheit des Verkehrs bedacht, so auch die §§ 892 f., 932 ff. BGB. Sie steuern der Gefahr, daß Rechtsgeschäfte nach langer Zeit rückabgewickelt werden müssen, da nunmehr die fehlende Berechtigung des Veräußerers ans Licht kommt, und so ein bedeutsamer Unsicherheitsfaktor entsteht. Doch gerade damit läuft man Gefahr, das Gemeinwohlerfordernis im entscheidenden Punkt aufzuweichen. Nicht nur sachenrechtliche Institute, wie den redlichen Erwerb, sondern auch

<sup>69</sup> BVerfGE 38, 175, 180; 66, 248, 257; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 14, 13; Weber, in Bettermann/Nipperdey II S. 349, 381 f.; Maunz/Zippelius, § 28 II 6; wohl auch Zimmer, DÖV 1986, 1006; ebenso BVerwGE 71, 108, 125; Nüßgens/Boujong, Rdn. 357, die zusätzlich fordern, die Erfüllung des Zieles müsse dem Staat oder den Gemeinden obliegen.

<sup>70</sup> Hesse, Rdn. 451 („Sachzweck“); Schwerdtfeger, Struktur S. 34; Murswiek, Risiken S. 100; Breuer, DVBl 1981, 974; AK/Rittstieg, Art. 14/15, 207: Alle legitimen Staatszwecke.

<sup>71</sup> Vgl. etwa die Kritik von Papier, in Maunz/Dürig Art. 14, 500 ff. und Breuer, DVBl 1981, 974 an Böhmer, BVerfGE 56, 249, 266, 279 – concurring opinion.

<sup>72</sup> Vgl. zu der weitreichenden Befugnis des Gesetzgebers, zu bestimmen, was dem Wohl der Allgemeinheit dienlich sei, statt aller Papier, in Maunz/Dürig Art. 14, 497; BK/Kimminich, Art. 14, 271 ff.; v. Münch/Bryde, Art. 14, 80.

<sup>73</sup> BK/Kimminich, Art. 14, 272, 277–279; Nüßgens/Boujong, Rdn. 355 mwN. in Fn. 79, Rdn. 378; Schulte, Eigentum S. 85 f. mwN.; Bullinger, Der Staat 1 (1962), 450 f.

<sup>74</sup> Papier, in Maunz/Dürig Art. 14, 507; Nüßgens/Boujong, Rdn. 366; Schwerdtfeger, Struktur S. 33 f.; v. Brünneck, Eigentum S. 410 f.; ders., NVwZ 1986, 427, 428, 429 f.; i. E. auch BVerfGE 24, 367, 403 ff.

<sup>75</sup> Papier, in Maunz/Dürig Art. 14, 499; v. Münch/Bryde, Art. 14, 82; Schwerdtfeger, Struktur S. 32; Frenzel, Enteignung S. 73; Bullinger, Der Staat 1 (1962), 450 f.

<sup>76</sup> So in der Tendenz Reuter/Martinek, § 12 II 2 = S. 459; v. Hoffmann, Grundstückskauf S. 37; Canaris, AcP 184, 220 Fn. 69 a. In diese Richtung geht es auch, wenn davon gesprochen wird, an der Privatrechtsordnung bestehe ein eminentes öffentliches Interesse; so etwa allgemein Liver, Festschrift für Gutzwiller S. 750; sowie speziell für Eingriffsbefugnisse Privater Schneider, VerwArch 58 (1967), 329 Fn. 158.

das gesamte Vertragsrecht bis hin zum Familienrecht, dessen Unterhaltspflichten das geschützte Eigentum ganz massiv tangieren können, unter diesen Aspekt zu ziehen hieße die Enteignung im Widerspruch zur h.M.<sup>77</sup> als Instrument der hier regelmäßig gar nicht, jedenfalls nicht primär sozialstaatlich zu motivierenden Vermögensumschichtung einzusetzen. Soll jedes Bedürfnis, das ein Gesetz zu rechtfertigen vermag, zugleich den Anforderungen genügen, die das Wohl der Allgemeinheit stellt, so landet man beim reinen Vorbehalt des Gesetzes, der – um das Leerlaufen des Art. 14 Abs. 3 GG zu verhindern – nicht ausreicht.<sup>78</sup> Ob man dem Rechnung tragen kann, indem man die Tätigkeit des Privaten nur dann als Legitimation akzeptiert, wenn sie direkt dem Wohl der Allgemeinheit dient,<sup>79</sup> erscheint eher zweifelhaft. Wie so oft, ist das Kriterium der Unmittelbarkeit wenig scharf,<sup>80</sup> was am Verkehrsschutz recht gut zu demonstrieren ist. Je nachdem, worauf man den Akzent legt – die Position des Erwerbers oder den flüssigen Warenumsatz – ist die Förderung eine direkte oder eine nur mittelbare.

Das Postulat muß, um es griffig zu machen, präzisiert werden. Ist eine Enteignung nur gerechtfertigt, wenn der Zugriff dazu dient, den Gegenstand selbst einer öffentlichen Aufgabe zu widmen, gleichgültig ob diese vom Staat oder von einem Privaten erfüllt wird,<sup>81</sup> so ist der Zweck abzusichern. Dem entspricht die einhellige Auffassung, die Sache sei dauernd im Dienste der Allgemeinheit zu verwenden.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Vgl. z.B. *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 499; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 82; *Hamann/Lenz*, Art. 14, 9 mwN.; v. *Mangoldt/Klein*<sup>2</sup>, Art. 14 VII 6; *Gramlich*, JZ 1986, 275. BGHZ 32, 240, 245 verneint bei Zwangsvollstreckungsakten das Wohl der Allgemeinheit, deshalb liege keine Enteignung vor.

<sup>78</sup> BVerwGE 3, 332, 334; *Böhmer*, BVerfGE 56, 249, 266, 278 – concurring opinion; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 497; BK/*Kimminich*, Art. 14, 268; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 80; *Rüfner*, in Erichsen/Martens § 52 II 1.

<sup>79</sup> So z.B. *Schulte*, Eigentum S. 91 f.; *Kleindienst*, Immissionsschutz S. 45.

<sup>80</sup> Vgl. statt aller *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 452 ff.

<sup>81</sup> BVerfGE 38, 175, 180; 74, 264, 286; *Frey*, Enteignung S. 93, 257 ff.; vgl. auch *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 503: Die Enteignung ist nicht gerechtfertigt, wenn sie zugunsten eines privatwirtschaftlichen Unternehmens ohne jeden konkreten Auftrag zur Daseinsvorsorge oder zur öffentlichen Aufgabenerfüllung erfolgt.

<sup>82</sup> BVerfGE 24, 367, 407; 66, 248, 257 (Unternehmen zum Nutzen der Allgemeinheit geführt); 74, 264, 284; BVerwGE 71, 108, 125 (konkrete Sicherungen); *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 506; *ders.*, JZ 1987, 620; BK/*Kimminich*, Art. 14, 270; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 357; *Krohn/Löwisch*, Rdn. 50; *Badura*, Staatsrecht C 82; *Achterberg*, Allg. Verwaltungsrecht § 25 Rdn. 45 Fn. 49; *Bullinger*, Der Staat 1 (1962), 457, 470 ff., 475 ff.; v. *Brünneck*, NVwZ 1986, 430; *Gramlich*, VerwA 77 (1986), 231; *ders.*, JZ 1986, 276; *Rengeling*, AöR 105, 439; *Zimmer*, DÖV 1986, 1006, 1008; *Frenzel*, Enteignung S. 128 mwN., 238, der die einzelnen verfahrensmäßigen Sicherungen bespricht; *Frey*, Enteignung S. 257 ff.; *Stummer*, Zweckbindung S. 143 ff.; *Murswiek*, Risiken S. 100 Fn. 33; *Sellmann*, DVBl 1987, 226; *Dörr*, NJW 1988, 1053; ähnlich v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 82. – So sind auch die Bodenreformgesetze nach dem 2. Weltkrieg durch das Wohl der Allgemeinheit gedeckt (BVerfGE 46, 268, 288 f.); indes ist dafür zu sorgen, daß die Grundstücke nicht zu Spekulationszwecken verwendet werden (*Bullinger*, Der Staat 1 (1962), 477. – Die Umlegung und Flurbereinigung dürfte sich weder mit dem gemeinhin vertretenen Surrogationsprinzip (so indes *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 176 mit umfangreicher Darstellung) rechtfertigen lassen noch mit dem Hinweis auf die Privatnützig-



Spätestens hieran fehlt es.<sup>83</sup> Was der Erwerber mit der Sache unternimmt, welcher Bestimmung er sie zuführt, ist allein seine Angelegenheit. Ihn an der rein privatnützigen Verwendung zu hindern, unterliefe den Regelungssinn der §§ 892 f., 932 ff. BGB. Nicht nur, daß man sich schwer ausmalen kann, wie die Widmung der erworbenen Sache zu öffentlichem Interesse auszusehen hätte, der Erwerb verlöre einen Gutteil seiner Funktion, könnte der Begünstigte mit der Sache nicht wie mit seinem sonstigen Eigentum verfahren.<sup>84</sup>

Man kann es drehen und wenden, wie man will: Mit dem allgemeinen Wohl läßt sich der redliche Erwerb nicht untermauern;<sup>85</sup> als Enteignungsgesetze interpretiert, wären die §§ 892 f., 932 ff. BGB rechtswidrig und damit nichtig.

#### d) Legalenteignung bei Inkrafttreten des BGB?

Üblicherweise unterscheidet man zwischen Legal- und Administrativenteignung. Im ersten Fall hat bereits das Gesetz als solches enteignende Wirkung, ansonsten

keit des Umlegungszwecks (so indes *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1982, 155; *ders.*, NJW 1987, 1587; offen gelassen in BVerfGE 74, 264, 279); BVerfGE 74, 264, 283, 287 ff. unterstellt jedenfalls die Unternehmensflurbereinigung dem Begriff und damit den Voraussetzungen der Enteignung. Die dauerhafte Sicherung des im Allgemeinwohl liegenden Zwecks mag in der im öffentlichen Interesse stehenden Verwendungsmöglichkeit zu erblicken sein, die die nach wie vor privatnützige Zuordnung überformt. – Der redliche Erwerb ist indes mit diesen Problemfeldern nicht zu vergleichen; die Sicherung der Verkehrsfähigkeit als solche würde das Wohl der Allgemeinheit auf den reinen Vorbehalt des Gesetzes reduzieren, müßte zudem Entschädigung durch die (insoweit begünstigte) Allgemeinheit vorsehen.

<sup>83</sup> A. A. v. *Hoffmann*, Grundstückskauf S. 37, der ohne Ausführungen im Detail das Wohl der Allgemeinheit bejaht, anschließend die Entschädigungspflicht erwähnt, sich mit der verschuldensabhängigen Staatshaftung begnügt. Spätestens beim Erwerb beweglicher Sachen bleiben damit die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG im dunkeln. – Vgl. auch BGHZ 32, 240, 244 f.: Kein Sonderopfer im Interesse der Allgemeinheit durch eine gesetzmäßige Vollstreckung eines gerichtlich festgestellten Individualanspruchs, auch wenn die Vollstreckung rechtswidrig in Vermögenswerte Dritter übergegriffen hat.

<sup>84</sup> Plakativ *Bullinger*, Der Staat 1 (1962), 477; *Gramlich*, VerwA 77 (1986), 231: Wer nicht bereit ist, in bezug auf den Gegenstand der Enteignung sein Privatsein aufzugeben und als Treuhänder des öffentlichen Interesses zu wirken, muß auf eine Enteignung zu seinen Gunsten verzichten. – *M. Gerhardt*, Festschrift für Zeidler S. 1669 ff. hält besondere Regeln für die Enteignung zugunsten von Privatleuten für überflüssig: Den Ausschlag gebe das Wohl der Allgemeinheit als Enteignungszweck, das die Problematik der „Privatbegünstigung“ gleichsam miterledige. Doch bleibt Voraussetzung, daß die enteignete Sache selbst der Allgemeinheit dient – und sei es nur vermittelt über die gewinnorientierte Tätigkeit eines Privaten. Zudem dürfte die Frage, zu wessen Gunsten enteignet wird, entgegen *M. Gerhardt*, aaO. S. 1670 gleichwohl eine gewisse Rolle spielen. Bei öffentlich-rechtlichen Trägern mag eher eine Vermutung dafür sprechen, daß die Sache bestimmungsgemäß verwendet wird, während bei der Übertragung an Privatleute zusätzliche Sicherungen des Gebrauchszwecks angezeigt sind.

<sup>85</sup> So auch die h. M., soweit sie zu diesem Problem Stellung bezieht; vgl. etwa *Schwabe*, Drittwirkung S. 118; *ders.*, JZ 1983, 275; *Schulte*, Eigentum S. 105; *ders.*, DVBl 1965, 387; *ders.*, Dogmatik S. 36; ebenso i. E. *Wendt*, Eigentum S. 340 f.; *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 30 f., jeweils mit unterschiedlichen Lösungsvorschlägen; vgl. dazu unten § 4 II 3.

erst der auf ihm basierende Verwaltungsakt.<sup>86</sup> Die Einordnung der §§ 892 f., 932 ff. BGB in diese Kategorien fällt schwer, könnte indes ausschlaggebend sein: Den redlichen Erwerb löst zwar erst die zwischen dem Nichtberechtigten und seinem Vertragspartner erfolgende Verfügung aus. Setzt man dieses Rechtsgeschäft jedoch einem Realakt gleich, so käme konsequenterweise einzig den zugrunde liegenden Gesetzen enteignende Wirkung zu.<sup>87</sup> Sie hätten durch die Statuierung des redlichen Erwerbs das Eigentum geschmälert; die Beeinträchtigung würde lediglich später manifest. Mit Erlaß des BGB, lange vor Inkrafttreten des GG, wäre die Legalenteignung abgeschlossen gewesen.<sup>88</sup> Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 14 GG hätten somit keinen Einfluß mehr.<sup>89</sup>

(1) Zwei Probleme sind damit noch nicht bewältigt. Zum einen wird das Eigentum erst mit Abschluß des dinglichen Geschäfts dem Erwerber zugeordnet; schon von daher ist zu erwägen, ob nicht folgerichtig mit den Grundsätzen der Administrativenteignung zu arbeiten ist. Dementsprechend wäre der Zeitpunkt der Enteignung der Augenblick, da das Verfügungsgeschäft wirksam wird,<sup>90</sup> was auch die Interessenlage exakter trifft: Im Gegensatz zur Legalenteignung, die das Recht unmittelbar entzieht, ist die Sache durch die §§ 892 f., 932 ff. BGB lediglich mit dem Risiko des Verlustes belastet, das sich erst mit dem Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten tatsächlich aktualisiert. Damit ähnelt die Lage mehr derjenigen einer Administrativenteignung; dort bildet der auf das Gesetz gestützte Verwaltungsakt die entscheidende Zäsur.<sup>91</sup>

(2) Selbst wenn man unterstellen wollte, die Position der jeweiligen Eigentümer sei mit der Legalenteignung bei Erlaß des BGB entzogen, nur das Risiko verwirklichte sich später, so bleibt eine weitere, letztendlich nicht bezwingbare Hürde. Die neue abstrakt-generelle Regelung muß ihrerseits den an die Inhalts- und Schrankenbestimmung zu stellenden Anforderungen standhalten.<sup>92</sup> Das ist selbstverständliche

<sup>86</sup> BVerfGE 45, 297, 326; 58, 300, 331; *Schmidt-Aßmann*, NJW 1987, 1589; *Dörr*, NJW 1988, 1050.

<sup>87</sup> *Schwabe*, JZ 1983, 278 f. für Normen des Nachbarrechts, Nutzungsmöglichkeiten des Urheberrechts sowie den Aggressivnotstand.

<sup>88</sup> Zeitpunkt einer Legalenteignung ist der Moment des Inkrafttretens des Gesetzes; vgl. statt aller BVerfGE 45, 297, 326.

<sup>89</sup> BVerfGE 52, 1, 28; BVerwGE 4, 332, 335; BVerwG VerwRspr. 19 Nr. 180 für die Kündigungsschranken des Kleingartenrechts. Die Äußerungen beziehen sich jeweils auf die Junktimklausel, wobei freilich in den Geltungsbereich des Grundgesetzes hineinragende Fortwirkungen noch entschädigt werden sollen (BVerwG aaO.). Die Grundsätze müßten aber auch gelten für die Voraussetzung des Wohls der Allgemeinheit: Vor Erlaß des Grundgesetzes vollendete Enteignungen sind eben nach allen Seiten hin nicht an Art. 14 Abs. 3 GG zu messen.

<sup>90</sup> Zeitpunkt der Administrativenteignung ist der Moment des Wirksamwerdens des Verwaltungsakts; vgl. nur BVerfGE 45, 297, 326.

<sup>91</sup> A. A. wohl *Schwabe*, JZ 1983, 278. – Die Lage ist vergleichbar der Realisierung eines Risikos beim enteignenden Eingriff – dort ist entscheidend der Zeitpunkt der Beeinträchtigung; vgl. etwa BGHZ 28, 310, 312.

<sup>92</sup> BVerfGE 31, 275, 285; 51, 193, 207; 58, 300, 338 jeweils für nachkonstitutionelles Recht;

Konsequenz der Geltung des Grundgesetzes für alle Normen; auch vorkonstitutionelles Recht ist davon nicht ausgenommen.<sup>93</sup> Damit schließt sich der Kreis. Hat das unter der Geltung des Grundgesetzes weiter wirkende Recht die Grenzen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit zu beachten, so ist die Aufhebung der privatnützigen Zuordnung durch die Sozialbindung des Eigentums auch dann nicht gedeckt, wenn eine eventuell vorangegangene Legalenteignung nicht an Art. 14 GG zu messen sein sollte.

Der reformierende Gesetzgeber ist zwar – von der Notwendigkeit sanfter Übergänge abgesehen – nur an die Instituts- und Bestandsgarantie, nicht jedoch an eine darüber hinausgehende Ausformung des Eigentums aufgrund historischer Entwicklung gebunden. Man verstünde die Gewährleistung indes verkehrt, wenn man sie darauf reduzierte, sie erlaube eine Beschränkung des Schutzes auf die grundsätzliche Garantie im vermögensrechtlichen Bereich durch Zubilligung von Herrschafts-, Nutzungs- und Verfügungsrechten, sollte damit gemeint sein, es bedürfe der Absicherung des Bestandes in der Hand des einzelnen nicht mehr.<sup>94</sup> Man könnte zwar erklären, warum die mit Erlaß des BGB abgeschlossene Legalenteignung den Entzug des Eigentums durch redlichen Erwerb vorsehen kann, ohne gegen Art. 14 GG zu verstoßen. Daß die h. M. dieser Differenzierung nicht folgt und an der Bestandsgarantie als unverzichtbarem Eckpfeiler der Eigentumsgewährleistung festhält,<sup>95</sup> hat indes seinen guten Grund. Immerhin strahlt die in der Vergangenheit abgeschlossene Enteignung auf die Gegenwart ein, was das historisch geprägte Eigentum, wenngleich unter anderen Vorzeichen, doch als gegenüber den Maximen der Verfassung weitgehend sakrosankt in die Rechtsordnung inkorporieren könnte. Der Bestandsschutz verkümmerte zudem gegenüber dem nachkonstitutionellen Reformgesetzgeber zu einer bloßen Garantie sanfter Übergänge bzw. zur Aufgabe der Legislative, Entschädigung vorzusehen, um abrupte Änderungen abzufedern, hätte aber seine Rolle als Richtschnur für die neue gesetzliche Regelung eingebüßt.<sup>96</sup>

---

52, 1, 29 für (auch) vorkonstitutionelles Recht; *Maunz*, BayVBl 1981, 324; ebenso im Ergebnis v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 54 f., 72, der solche Umgestaltungen von vornherein nur unter dem Aspekt der Prägung des Eigentums sieht und den Übergang nicht als Enteignung begreift, sondern nur das Vertrauen schützen will – eventuell durch Entschädigung.

<sup>93</sup> Die Frage, ob der nachkonstitutionelle Gesetzgeber die Regelung „in seinen Willen aufgenommen hat“, spielt eine Rolle nur für die Verwerfungskompetenz der Gerichte, nicht jedoch für die Grundrechtsbindung des vorkonstitutionellen Rechts.

<sup>94</sup> So indes *Ramsauer*, DVBl 1980, 541 f. als Folge seiner strikten Trennung zwischen Inhaltsnormen, die nur durch die Institutsgarantie begrenzt seien, und Schrankennormen, die auch den Bestandsschutz zu beachten hätten; wohl auch *Schulze-Osterloh* NJW 1981, 2540 mit Fn. 35.

<sup>95</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 22 und 23.

<sup>96</sup> Deutlich wird das etwa bei *Ramsauer*, DVBl 1980, 541; *Schulze-Osterloh* als Anhängerin dieser Ansicht will die Bestandsgarantie bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung für die legislative Prägung des Eigentums sichern, aber den reformierenden Gesetzgeber davon dispensieren, soweit die Durchbrechung als Aufopferungsent eignung legitimierungsfähig sei. Ungeklärt bleibt, was es rechtfertigen kann, den Eigentumsschutz auf die Institutsgarantie als „primären Bestandsschutz im weiteren Sinne“ (so *Schulze-Osterloh*, NJW 1981, 2540) zurückzuschneiden.

Das mag abweichend zu beurteilen sein, wenn die Legalenteignung, insoweit funktional Verwaltung durch Gesetz, bestimmte Gegenstände dem privatrechtlichen Verkehr zur Gänze entzieht und einem öffentlich-rechtlichen Regime unterstellt; für solche Güter ist die Legislative nach der Enteignung nicht mehr an Art. 14 GG und seine Schranken gebunden. Darum geht es hier nicht. Die Vorschriften des redlichen Erwerbs regeln abstrakt-generell den (nach wie vor Privat-)Rechtsverkehr.<sup>97</sup>

#### e) Der redliche Erwerb als enteignungsgleicher Eingriff?

Schließlich hilft auch der enteignungsgleiche Eingriff nicht weiter. Spätestens seit der Naßauskiesungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>98</sup> sind Legitimation und Reichweite dieses Rechtsinstituts ohnehin nicht mehr selbstverständlich.<sup>99</sup> Trotz grundsätzlicher Beibehaltung rückt der BGH nunmehr in den Fällen einer Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG von ihm ab;<sup>100</sup> angesichts des Substanzentzuges beim redlichen Erwerb liegt eine Klassifizierung als Enteignung indes nicht fern. Die Definition des enteignungsgleichen Eingriffs ist überdies denkbar unscharf. Er zeichnet sich gerade durch den „Eingriff“, also die Überschreitung zulässiger In-

<sup>97</sup> Probleme sind hier allerdings vorgezeichnet: Die Legalenteignung hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwei Anwendungsbereiche. Einmal ist sie funktional Verwaltung durch Gesetz (BVerfGE 24, 367, 401); in den hier gezogenen Grenzen kann sie dann die privatnützige Zuordnung einer bestimmten Zahl konkreter eigentumsgeschützter Rechte durchbrechen. In diesem Bereich ist der Gesetzgeber dann nicht gehalten, die (enteigneten) Güter der Privatrechtsordnung zu unterstellen; er kann für sie auch ein rein öffentlich-rechtliches Regime vorsehen (BVerfGE 24, 367, 390). Zum anderen kann die Reform geltenden Rechts zur Legalenteignung führen (vgl. die Nachw. in Fn. 92). Dort muß die *neue* Regelung dann den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG genügen (BVerfGE 58, 300, 338). Enteignet werden kann und entschädigt werden muß in diesen Fällen das Vertrauen des Bürgers, das sich aufgrund des alten Rechts gebildet hatte (vgl. BVerfGE 76, 220, 226 mwN.; Dörr, NJW 1988, 1052, der von verkappter Enteignung spricht) – was dafür sprechen mag, die Ablösung primär unter dem Aspekt des weichen Übergangs zu sehen (v. Münch/Bryde, Art. 14, 54ff.; Dörr, NJW 1988, 1052). Wenn das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang davon spricht, Rechtsgüter könnten bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung der Privatrechtsordnung entzogen werden (BVerfGE 58, 300, 339 unter nicht ganz korrekter Berufung auf BVerfGE 24, 367, 389f.; dort waren die fraglichen Grundstücke enteignet und in die Hand des Staates überführt worden; vgl. dazu am Anfang dieser Fn.), so muß auch die wenig später folgende Passage mitgelesen werden. Die fehlende Einwirkungsmöglichkeit auf das Grundwasser ändert an der grundsätzlich privatnützigen Zuordnung nichts (BVerfGE 58, 300, 345). Eine gänzliche Abschaffung der Nutzungsmöglichkeit wäre also nicht möglich, soweit nicht im Weg der Enteignung auf konkrete individuelle Güter zugegriffen wird.

<sup>98</sup> BVerfGE 58, 300ff.

<sup>99</sup> Der Streit soll hier nicht näher dargestellt werden; vgl. statt aller Knauber, NVwZ 1984, 757f. m. umf. Nachw. Insbesondere mag dahinstehen, ob der Eingriff stets im öffentlichen Interesse erfolgen muß (so z. B. BGH VersR 1984, 870; Aust/Jacobs, Enteignungsentschädigung S. 57) oder von ihm motiviert sein muß (so z. B. Nüßgens/Boujong, Rdn. 444 mwN.). Der Zusammenhang ist bei rechtswidrigem Handeln zum einen sehr fraglich, zum anderen wohl überflüssig: Die öffentliche Hand kann sich nicht mit dem Hinweis aus der Haftung lösen, sie habe zugunsten eines Privatmannes gehandelt.

<sup>100</sup> BGHZ 90, 17, 31.

halts- und Schrankenbestimmung aus, so daß die Grenzen verschwimmen.<sup>101</sup> Unabhängig davon bleibt jedoch der Eingriff allemal rechtswidrig. Es mag problematisch sein, ob und unter welchen Umständen der Bürger sogleich Entschädigung einklagen kann, ohne vorher den rechtswidrigen Akt selbst bekämpft zu haben.<sup>102</sup> Nicht zweifeln läßt sich dagegen daran, daß er sich wehren darf; soweit die Beeinträchtigung rückgängig zu machen ist, muß das auf seinen Antrag hin geschehen.<sup>103</sup> Dieser Aspekt steht im Vordergrund: Sind die §§ 892 f., 932 ff. BGB verfassungswidrig und daher als Grundlage des redlichen Erwerbs nicht hinlänglich tragfähig, so ist der Erwerber gegen das Herausgabeverlangen des nach wie vor Berechtigten nicht gefeit.

## 2. Inhalts- und Schrankenbestimmung

Es ist nur allzu verständlich, daß die h. M. der Einstufung als Enteignung und dem dann unvermeidlichen Verdikt der Rechtswidrigkeit mit allen Mitteln zu entgehen versucht: Privatrechtliche Eingriffsbefugnisse – und als solche ist die Fähigkeit des Nichtberechtigten einzustufen, seinem Partner Eigentum zu Lasten des bisher Berechtigten zu verschaffen – seien als Inhalts- und Schrankenbestimmung ein aliud gegenüber der Enteignung.<sup>104</sup> Zu ihrer Rechtmäßigkeit bedürften sie lediglich der Kompensation durch Entschädigung.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> Das zeigt das genannte Urteil BGHZ 90, 17 ff., bei dem eine Entschädigung für ein später rechtswidrig gewordenes, da mit dem Übermaßverbot kollidierendes Abbauverbot eingeklagt war. Die grundsätzliche Freiheit, Sand auszubeuten, als Komponente des geschützten Eigentums (BGHZ 90, 17 ff.), hätte nur aufgrund einer (die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG wahrenden) Enteignung tangiert werden dürfen. Zweckdienlicher dürfte es sein, den enteignungsgleichen Eingriff auf irreversible Beeinträchtigungen zu beschränken (so etwa *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 433; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht § 26 Rdn. 56 h; zu rigoros, da jede Berechtigung des Instituts des enteignungsgleichen Eingriffs leugnend, *Böhmer*, Der Staat 24 (1985), 192 Fn. 109). Zu fragen ist also nicht, was die Behörde hätte tun müssen, sofern sie rechtmäßig gehandelt hätte, und ob dann eine entschädigungspflichtige Enteignung vorgelegen hätte (so indes *Papier*, JuS 1985, 186), sondern, ob und inwieweit primärer Rechtsschutz den früheren Eigentumsstand wiederherstellen kann. Unter diesem Aspekt ist auch die Ablehnung einer Haftung für legislatives Unrecht (BGHZ 100, 136, 145 ff.) problematisch.

<sup>102</sup> Vgl. z. B. BGHZ 90, 17, 31 ff., der § 254 BGB anwendet, und *Böhmer*, Der Staat 24 (1985), 179; *ders.*, NJW 1988, 2564 Fn. 20; *Dörr*, NJW 1988, 1054, die strikt auf (ausschließlichen) Primärrechtsschutz zu bestehen scheinen.

<sup>103</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 61.

<sup>104</sup> Vgl. allgemein BVerfGE 14, 263, 277; BGHZ 48, 46, 50; 53, 226, 234 ff.; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 63; *MünchKomm/Säcker*, § 903, 31; *Säcker/Paschke*, NJW 1981, 1010 ff.; *Leisner*, NJW 1975, 235 mwN. in Fn. 20; *Krause*, JZ 1984, 714; umfassend *Breuer*, Bodennutzung S. 273 ff., insbesondere 282, 289; weitere Nachw. bei *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 44 Fn. 6; speziell zum redlichen Erwerb die Nachw. in § 3 Fn. 5 und 6; *Bender*, NJW 1965, 1298 Fn. 6 weist darauf hin, daß hier Kollisionsregeln vorliegen.

<sup>105</sup> *Breuer*, Bodennutzung S. 282, 289, 294; eingehende Kritik, insbesondere an dem „Entschädigungsjunktim“, bei *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 60 f.; ablehnend auch *Wendt*, Eigentum S. 339.

Gewonnen ist damit allerdings nichts. Die h.M. umschreibt lediglich das gewünschte Resultat, ohne auch nur ansatzweise, geschweige denn schlüssig darzulegen, aufgrund welcher Kriterien der Totalentzug durch die gesetzliche Anordnung keine Enteignung sein solle. So leistet die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, eine Enteignung müsse stets vom Staat oder einem mit staatlichen Zwangsrechten belehnten Unternehmer ausgehen, dazu aber gehöre nicht eine Umgestaltung privatrechtlicher Beziehungen aufgrund einer Ermächtigung, die der Gesetzgeber verliehen habe,<sup>106</sup> allenfalls Mißverständnissen Vorschub: Will man nicht in eine vom Ergebnis wie der Begründung her recht diffuse These einer lediglich mediatisierten Wirkung des Art. 14 GG zurückfallen, läßt diese Abgrenzung die eigentlichen Probleme unbeantwortet. Nicht einzusehen ist schon, warum die Ermächtigung zur Umgestaltung privatrechtlicher Beziehungen ohne Zustimmung des Benachteiligten<sup>107</sup> oder gar die von der Legislative selbst getroffene Zuordnung des Eigentums unter Hintanstellung des bisher Berechtigten kein staatlicher Eingriff sein soll.<sup>108</sup> Eine solche Sicht eröffnete doch wieder die Möglichkeit, durch Wahl bürgerlich- bzw. öffentlich-rechtlicher Normierung die Grundrechtswirkung willkürlich abzuschwächen.<sup>109</sup> Dem Zivilrecht den Vorrang bei der Ausgestaltung des Eigentums vor der Verfassung zuzuweisen, entspricht deren Funktion nicht.<sup>110</sup> Selbst wenn man glaubt, man könne sich so aus dem Bereich des Art. 14 Abs. 3 GG davonmogeln, bleibt die Ausbeute mager: Die Grenzen der Inhalts- und Schrankenbestimmung unter dem Aspekt der Sozialbindung sind wegen der prinzipiell garantierten Privatnützigkeit,<sup>111</sup> die hier nicht einmal in Spannung zu erhöhter Sozialpflicht tritt, enger als diejenigen der Enteignung, die als Ausnahme immerhin die Durchbrechung des Bestandes in der Hand des einzelnen Eigentümers zuläßt – wenn auch nur unter der Voraussetzung, daß sie durch das Allgemeinwohl gefordert wird. Privatrechtliche Kompensation<sup>112</sup> ändert daran nichts, geht es doch primär um Bestands-, nicht um Wertschutz<sup>113</sup> – ganz abgesehen von der Problematik, wie man die Ausnahmen in

<sup>106</sup> BVerfGE 14, 263, 277; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 14, 12.

<sup>107</sup> *Canaris*, AcP 184, 220 Fn. 69; anders aber *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 451 unter Berufung auf BVerfGE 14, 263, 277; *Wendt*, Eigentum S. 335, der aber einräumt, daß sich die Wirkungen entsprechen können; im Ergebnis auch *Schwabe*, JZ 1983, 276.

<sup>108</sup> *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 451; *Schwabe*, Drittwirkung S. 121; *Wendt*, Eigentum S. 335; *Schick*, BayVBl 1962, 349 unter Berufung auf BVerfGE 10, 302, 307.

<sup>109</sup> *Schwabe*, Drittwirkung S. 118f., 128f.; *Schulte*, Eigentum S. 46f.; *Leisner*, NJW 1975, 235; ähnlich *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 54ff. iVm. S. 75ff.

<sup>110</sup> *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 279; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 11; *Badura*, 49. Deutscher Juristentag II T 8; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 16; *Knauber*, NVwZ 1984, 754; *Leisner*, DVBl 1983, 63.

<sup>111</sup> Vgl. oben § 4 I 1 a. – BVerfGE 14, 263, 282 bejaht gewichtige Gründe des allgemeinen Wohls, also die entsprechende Enteignungsvoraussetzung; es fehlte in concreto an der Erfüllung des Junktimgebots.

<sup>112</sup> *Breuer*, Bodennutzung S. 282, 289, 294.

<sup>113</sup> So auch die Kritik bei *Wendt*, Eigentum S. 339f.; vgl. allgemein zum Vorrang des Bestandsschutzes vor dem Wertschutz BVerfGE 58, 300, 324 sowie die weiteren Nachw. in Fn. 61.

das System des Art. 14 GG einbauen sollte.<sup>114</sup> Anstatt die Antwort zu erleichtern, bringt die dogmatische Umsiedlung zusätzliche, letztendlich unüberwindliche Schwierigkeiten.

### 3. Lösungsvorschläge der Literatur

Die nach wie vor offene Frage hat immer wieder Lösungsvorschläge inspiriert. Diese suchen in aller Regel nach einschränkenden Kriterien, die es ermöglichen sollen, trotz des Entzuges der Sache eine – notwendig rechtswidrige – Enteignung ablehnen zu können.

#### a) Schulte: Eingriffsbefugnis bei abstrakt-öffentlichem Interesse

Am weitesten hat *Schulte* ausgeholt: Das Wohl der Allgemeinheit sei nicht Zulässigkeitsvoraussetzung einer rechtmäßigen Enteignung, sondern Definitionsmerkmal der Enteignung.<sup>115</sup> Damit scheinen die Schwierigkeiten behoben. Dient der Entzug nicht dem Wohl der Allgemeinheit, ist er auch keine Enteignung, kann also nicht gegen Art. 14 Abs. 3 GG verstoßen.<sup>116</sup> Die Verfassungsmäßigkeit bestimmt sich konsequenterweise nicht nach Art. 14 Abs. 3 GG, sie ist an Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zu messen.<sup>117</sup>

(1) Daß dem schon ein *logischer* Zirkel zugrunde liegen soll,<sup>118</sup> ist nicht unmittelbar einsichtig.<sup>119</sup> Sicherlich kann man rechtswidrige Beeinträchtigungen aus dem Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 3 GG ausblenden und einen Entschädigungsanspruch direkt aus Art. 14 Abs. 1 GG zubilligen,<sup>120</sup> ohne gegen Denkgesetze zu verstoßen. Nicht belegt ist damit allerdings die Übereinstimmung mit dem System des Art. 14 GG. Daß hier die entscheidende Schwäche des Ansatzes zu finden ist, liegt auf der Hand: Die Lösung *Schultes* basiert auf dem inzwischen überwundenen weiten Enteignungsbegriff, demzufolge derjenige, der übermäßigen Bindungen ausgesetzt ist, auch bei Rechtswidrigkeit der Maßnahme (nur) Entschädigung verlangen kann. Damit wird *Schulte* dem Substanzschutz des Eigentums nicht gerecht. Eine durch das Wohl der Allgemeinheit nicht gedeckte Beeinträchtigung hat vor dem Grundgesetz keinen Bestand; sie ist aufzuheben.<sup>121</sup> Solche Eingriffe aus dem Kontrollbereich des Art. 14 Abs. 3 GG auszuklammern, bringt wenig Gewinn, fällt man dadurch doch – ein Dilemma, mit dem auch die h. M. zu kämpfen hat – in die ihren

<sup>114</sup> Vgl. dazu die Kritik bei *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 62 Fn. 86.

<sup>115</sup> *Schulte*, Dogmatik S. 31.

<sup>116</sup> *Schulte*, Dogmatik S. 31.

<sup>117</sup> *Schulte*, Dogmatik S. 33.

<sup>118</sup> So z. B. *Breuer*, Bodennutzung S. 282 f.; *Schwabe*, Drittwirkung S. 137 Fn. 382, 139 Fn. 383; *ders.*, AöR 98, 143 f.

<sup>119</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 63, die freilich selbst eine zu weit gehende Verschmelzung von Zulässigkeitsvoraussetzungen und Anwendungsgebiet vornimmt; vgl. dazu unten § 4 II 3 c (1).

<sup>120</sup> So *Schulte*, Dogmatik S. 33.

<sup>121</sup> BVerfGE 58, 300, 324, sowie die weiteren Nachw. in Fn. 61.

Tatbestandsvoraussetzungen nach engere Gestaltungsmöglichkeit des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zurück.

(2) Nur wenn diese erweitert, an geringere Anforderungen geknüpft wird, verprüfe das Modell, zur Erklärung beizutragen, was denn *Schulte* auch versucht. Ein privates auf Gesetz gestütztes Einwirkungsrecht habe nur ein abstraktes öffentliches Interesse als legitimierenden Belang zur Voraussetzung.<sup>122</sup> Der angebliche generelle Unterschied zwischen Verwaltungsakt und Gesetz im Rahmen des Art. 14 Abs. 3 GG – dort bedürfe es konkreter, hier nur abstrakter öffentlicher Belange –, den *Schulte* postuliert,<sup>123</sup> entpuppt sich schnell als fiktiv. Auch das enteignende Gesetz hat dem Wohl der Allgemeinheit zu dienen, nicht nur der darauf gestützte Verwaltungsakt.<sup>124</sup> Das als grundlegend genannte Argument *Schultes*, die Verwaltung sei an das Gesetz gebunden,<sup>125</sup> trägt sein Ergebnis nicht; ist das Handeln der Exekutive auf eine Norm gestützt, die auf der Tatbestandsseite die Erfüllung der dort niedergelegten Voraussetzungen fordert, so müssen Norm und Verwaltungsakt insoweit kongruieren.<sup>126</sup> Es ist Folge des in sich unschlüssigen Ansatzes, daß *Schulte* die Rechtmäßigkeit einer Enteignung aufgrund eines Verwaltungsakts doch wieder anhand des „materiellen Hintergrundes“ entscheidet: Es komme darauf an, ob ein enteignungsrechtlicher, polizeirechtlicher oder privatrechtlicher Eingriff vorliege.<sup>127</sup> Die Unterscheidung nach der Zugriffsmodalität durch (auch privatrechtliches) Gesetz bzw. per Verwaltungsakt wird dadurch wieder aufgegeben.<sup>128</sup>

(3) Mit dem Kriterium des abstrakten öffentlichen Interesses verheddert man sich zudem in ähnlichen Schwierigkeiten, wie sie bei der Bestimmung des Wohls der Allgemeinheit aufgetreten waren.<sup>129</sup> Die bloße Lösung einer Kollision ohne Rück-

<sup>122</sup> *Schulte*, Eigentum S. 98, 312; vgl. den ähnlichen Vorschlag von *Wendt*, dazu unten § 4 II 3 d.

<sup>123</sup> *Schulte*, Eigentum S. 312.

<sup>124</sup> Vgl. statt aller *Böhmer*, BVerfGE 56, 249, 266, 270 – concurring opinion; *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 495.

<sup>125</sup> *Schulte*, Eigentum S. 71 f. – *Schulte* unterscheidet im Anschluß an *Luhmann* zwischen konditionalen und Zwecknormierungen. Letztere zerfielen in gebundene und isolierte Generalklauseln. Der Inhalt isolierter Generalklauseln sei nicht mit Wertungen eines Gesetzes zu füllen, in dessen Zusammenhang die Norm stehe. Um dem Legalitätsprinzip zu genügen, müsse angenommen werden, daß die isolierte Zwecknormierung auf einen konkreten Zweck verweise; das sei bei Art. 14 Abs. 3 GG der Fall (Eigentum S. 82 ff.; vgl. auch die Darstellung bei *Aicher*, Staatshaftung S. 282 ff.). Angesichts der Tatsache, daß Art. 14 Abs. 3 GG nicht direkt zur Enteignung ermächtigt, sondern – wie schon der Wortlaut zeigt – ein Gesetz zwischengeschaltet werden muß, ist diese Einordnung sehr zweifelhaft; nach der Terminologie *Schultes* läge vielmehr eine gebundene Zwecknormierung vor (vgl. eingehend *Aicher*, Staatshaftung S. 288 ff., 291). Schon das Gesetz muß also einem konkreten öffentlichen Interesse dienen (*Aicher*, aaO.).

<sup>126</sup> Ist zum Erlaß des Gesetzes nur abstrakte Gefahr nötig, so genügt diese auch für die einzelne unselbständige Polizeiverfügung; vgl. statt aller *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, § 25, 3 b = S. 411 f. mwN.

<sup>127</sup> *Schulte*, Eigentum S. 312.

<sup>128</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 65.

<sup>129</sup> Vgl. oben § 4 II 1 a.



sicht auf das Gewicht der beteiligten Belange bescheidet sich mit der Existenz eines Gesetzes als solchem; es ist durchaus folgerichtig, daß das *Schulte* in der Tat akzeptiert: Das öffentliche Interesse erschöpfe sich in der Schaffung der Norm.<sup>130</sup> Damit zerfließt das Kriterium zum reinen Vorbehalt des Gesetzes. Weitergehende inhaltliche Anforderungen werden nicht gestellt. Im Privatrecht muß im Gegenteil – so ausdrücklich *Schulte* – in concreto der Zwang fehlen, mit der Rechtsdurchsetzung dem Gemeinwohl zu dienen. Der Private dürfe autonome Zwecke verfolgen, ohne sich im Einzelfall über Gemeinverträglichkeit oder Gemeinnützigkeit seiner Handlungen Rechenschaft ablegen zu müssen.<sup>131</sup> So herabgestuft, läuft das Grundrecht als Abwehrrecht gegenüber Normen auch dann leer, wenn diese den verfassungsmäßig vorgeschriebenen Ausgleich verfehlen sollten.

b) Schwabe: Privatnützige Beeinträchtigung aus wichtigem Grund

Die Anknüpfung an seine These von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im bürgerlichen Recht führt *Schwabe* scheinbar schlüssig auch zu Art. 14 Abs. 3 GG als einer auch die Eingriffsmöglichkeit Privater abschließenden Normierung: Ist doch jeder übermäßige Zugriff auf das Eigentum durch Dritte dem Staat anzulasten.<sup>132</sup> Daß Gründe des öffentlichen Wohls als Rechtfertigung ausschieden,<sup>133</sup> habe letztendlich zur Konsequenz, daß Art. 14 Abs. 3 GG in Scherben liege.<sup>134</sup> Ihm sei allenfalls noch zu entnehmen, Eingriffe zugunsten des Staates dürften ausschließlich zum Wohl der Allgemeinheit geschehen. Privatnützige Beeinträchtigungen seien – quasi als herabgestufte Enteignung – aus sonstigen wichtigen Gründen möglich.<sup>135</sup>

*Schwabe* mangelnde Folgerichtigkeit vorzuhalten, weil die unmittelbare Wirkung der Grundrechte nichts über den Geltungsbereich des Art. 14 Abs. 3 GG besage,<sup>136</sup>

<sup>130</sup> *Schulte*, Eigentum S. 105, 309, ähnlich S. 119f. für notwendige Kollisionen.

<sup>131</sup> *Schulte*, Eigentum S. 105, insbesondere Fn. 93. – Dazu passen die Grenzen schlecht, die *Schulte* gleichwohl ziehen will. Trotz des für den Ausgleich zwischen den Interessen Privater ausschlaggebenden Kriteriums der ökonomisch sinnvollen Raumnutzung (S. 115), das freilich wenig fundiert wird, sei die Gestaltungsmacht der Legislative durch die Institutsgarantie beschränkt. Eingriffsrechte Dritter dürften es nicht mit sich bringen, daß etwa das dienende Grundstück einer selbständigen originären Nutzung durch den Begünstigten zugeführt werde (S. 120, 123). Nur die Institutsgarantie könne verhindern, daß eine (unzulässige) Enteignung zugunsten eines Privaten auf rein technisch-konstruktivem Weg durch eine privatrechtliche Aufopferung ersetzt werde (S. 118f.). Dem redlichen Erwerb ist mit diesen – in ihrer Deduktion angesichts der sonstigen Prämissen *Schultes* allerdings nur schwer einsichtigen – Kriterien nicht beizukommen, da er den Wechsel des Rechtsträgers impliziert. Insoweit hält das System *Schultes* nicht das, was es verspricht.

<sup>132</sup> *Schwabe*, Drittwirkung S. 120ff., insbesondere 121f., 126f.

<sup>133</sup> *Schwabe*, Drittwirkung S. 118; in JZ 1983, 275 interpretiert *Schwabe* die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dahin gehend, sie erwecke den Eindruck, auch Privatrechtsgesetze könnten dem Art. 14 Abs. 3 GG unterfallen. Ausdrücklich ungelöst läßt er, wie das Wohl der Allgemeinheit zu verstehen sei.

<sup>134</sup> *Schwabe*, Drittwirkung S. 137, 138.

<sup>135</sup> *Schwabe*, Drittwirkung S. 134, 138; so auch – trotz abweichenden dogmatischen Ansatz – *Wendt*, Eigentum S. 341.

<sup>136</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 68.

ist nicht gerade überzeugend. Wer den Begriff der Enteignung nur mit dem Zugriff auf das geschützte Gut umschreibt, für den ist der Rekurs auf Art. 14 Abs. 1 GG versperrt, höchstens noch eine Ausflucht. Das Argument, die öffentliche Gewalt beeinträchtige das Eigentum nicht unmittelbar,<sup>137</sup> gibt beim redlichen Erwerb und der damit von Gesetzes wegen verbundenen Zuordnung der Sache an den bisher nicht berechtigten Dritten ohnedies nichts her.

Der dogmatische Ansatz *Schwabes*, für privatrechtliche Zugriffsbefugnisse genüge ein wichtiger Grund, bleibt indes weitgehend ungeklärt.<sup>138</sup> Ein Tatbestandsmerkmal des Art. 14 Abs. 3 GG wird damit schlicht uminterpretiert,<sup>139</sup> ohne daß sich im Ergebnis die Probleme lösen ließen. Will man den wichtigen Grund nicht völlig von Art. 14 Abs. 3 GG abkoppeln, verlangt man daher noch einen, wenngleich reduzierten Bezug zum öffentlichen Interesse, will man jedoch umgekehrt nicht jede Kollisionslösung zu einem von der Allgemeinheit geforderten Belang hochstilisieren, so sind die Konkurrenzprobleme zwischen Privaten – man denke an den Anspruch auf Versorgungsausgleich – nicht in den Griff zu bekommen. Konsequenterweise dürfte man bei der „Enteignung zweiter Klasse“ nicht darauf verzichten, den entzogenen Gegenstand wie im direkten Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 3 GG<sup>140</sup> auf Dauer dem im wichtigen Grund repräsentierten öffentlichen Interesse zu widmen, das allein geeignet ist, den Entzug zu rechtfertigen.

#### c) Schulze-Osterloh: Privatrechtlicher Eingriff als entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung

Thema der Arbeit von *Schulze-Osterloh* sind Voraussetzungen und Umfang der Entschädigungsansprüche als Folge rechtmäßiger Beeinträchtigungen des Eigentums, auch soweit solche Opfer auf der Ebene der Inhalts- und Schrankenbestimmung erfolgen.<sup>141</sup> Die vorrangige Frage, wann solche Substanzeinbußen des Eigentums rechtmäßig sind, wird recht knapp behandelt.

(1) Das zeigt sich bereits dort, wo das Feld einer rechtmäßigen Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG abgesteckt wird. *Schulze-Osterloh* lehnt es zwar ab, die entschädigungspflichtige Enteignung rechtmäßigkeitsneutral festzulegen.<sup>142</sup> Fehle auf der Tatbestandsseite ein „sonstiges Zulässigkeitsersfordernis“, so bleibe es trotz einer etwaigen Entschädigungsregel beim grundsätzlichen Enteignungsverbot.<sup>143</sup> Im Anschluß daran definiert *Schulze-Osterloh* indes die Enteignung mit einem vorher nicht näher deduzierten und legitimierten Merkmal. Der Tatbestand müsse solche eigentumsrelevanten Beeinträchtigungen erfassen, die das Bedürfnis und die Eig-

<sup>137</sup> *Wendt*, Eigentum S. 335.

<sup>138</sup> *Breuer*, Bodennutzung S. 288; *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 68 Fn. 107.

<sup>139</sup> *Breuer*, Bodennutzung S. 288; *Wendt*, Eigentum S. 335 Fn. 201, der freilich wenig später seine Lösung selbst auf den wichtigen Grund stützt; vgl. dazu unten § 4 II 3 d.

<sup>140</sup> Vgl. dazu oben § 4 II 1 a (2).

<sup>141</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 235 ff.

<sup>142</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 92.

<sup>143</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 93.

nung hätten, durch Beachtung des Junktims rechtmäßig zu werden.<sup>144</sup> Die Formel sei insbesondere geeignet, die des Ausgleichs nicht bedürftige Einziehung bzw. die selbst durch Entschädigung nicht zu rechtfertigende Konfiskation<sup>145</sup> auszugrenzen.<sup>146</sup>

Das Kriterium versagt schon bei der hier interessierenden Einordnung von Normen, die sich dem Konflikt zweier Privatleute widmen. Ob die vom redlichen Erwerb indizierte Beeinträchtigung des bisherigen Eigentümers das Bedürfnis und die Eignung hat, durch Beachtung des Junktims rechtmäßig zu werden, ist gerade die offene, durch die angebotene Abgrenzung nicht gelöste Frage. Wie man sie entscheidet, bleibt nicht ohne Folgen.

Und doch will *Schulze-Osterloh* in strenger Parallele zu den an das Junktimgebot zu stellenden Anforderungen beurteilen, ob das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung des Eingriffs zu beachten sei: Es müsse dem Sinn des Entschädigungsgebots entsprechen, daß als ausgleichspflichtige Eigentumsopfer nur solche Tatbestände in Betracht kämen, die das Bedürfnis und die Eignung hätten, durch ein spezielles Allgemeinwohlinteresse gerechtfertigt zu werden.<sup>147</sup> Nur bei Art. 14 Abs. 3 GG, nicht bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung – selbst soweit sie als entschädigungspflichtig verstanden wird –, könne das Wohl der Allgemeinheit Rechtmäßigkeitsvoraussetzung sein.<sup>148</sup> Auch hier bleiben die Differenzierungsmerkmale im dunkeln.

(2) Ohnehin ist die Formel alles andere als unproblematisch. Art. 14 Abs. 3 GG klärt, unter welchen Voraussetzungen eine Enteignung rechtmäßig ist. Soll in bestandsgeschütztes Eigentum eingegriffen werden, so muß das Wohl der Allgemeinheit den Entzug fordern, obendrein die Kompensation durch eine Entschädigungsregel festgelegt sein. Diese Entscheidung des Grundgesetzes wird aufgeweicht, wenn man das zusätzliche Merkmal von Bedürfnis und Eignung einführt, das erst darüber befinden soll, ob man die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen tatsächlich einzuhalten habe. Das ist nicht Aufgabe des Enteignungsbegriffs, wurde vielmehr vom Grundgesetz schon festgelegt. Bedürfnis und Eignung als zusätzliche Postulate ergeben nur dann einen Sinn, wenn man sie als Hinweis auf mangelnden oder durch Kompensation nicht aufhebbaren Bestandsschutz begreift. Dann rücken die dafür

---

<sup>144</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 93, 176.

<sup>145</sup> Zur Begriffsdefinition vgl. statt aller BK/*Kimminich*, Art. 14, 207, 210.

<sup>146</sup> So *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 93 Fn. 20. – Dort wird ein weiterer Vorteil der Formel genannt: sie mache nichtvermögenswerte Rechte eingriffsfester. In aller Regel fehle der Beeinträchtigung solcher Rechte die Eignung, durch Entschädigung rechtmäßig zu werden; sie seien auch durch Kompensation nicht disponibel. Ein solchermaßen abgestufter Bestandsschutz ist indes dem Art. 14 GG nicht zu entnehmen – abgesehen von der Problematik, daß teilweise nur vermögenswerte Rechte unter den Schutzbereich des Art. 14 GG subsumiert werden (vgl. etwa BK/*Kimminich*, Art. 14, 55).

<sup>147</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 270. – *Schulze-Osterloh* läßt im Endeffekt offen, ob sie sich zu dieser Voraussetzung bekennen will.

<sup>148</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 270.

entscheidenden Kriterien in den Vordergrund, bei der Einziehung etwa die aufgrund der Verwirkung des Eigentums durch gemeinwohlwidrigen Gebrauch statt hafte Straf- und Sicherungsmaßnahme,<sup>149</sup> bei der Konfiskation, da diskriminierend, die generelle Unzulässigkeit.<sup>150</sup> Die Formeln deuten lediglich auf vorgelagerte Überlegungen, die den Umfang des Bestandsschutzes determinieren; es nimmt daher nicht wunder, daß sie auch bei den kollisionslösenden Normen keinen eigenständigen Beitrag zu leisten vermögen.

Wenn man – wie *Schulze-Osterloh* – Junktimgebot und Wohl der Allgemeinheit als Tatbestandsvoraussetzungen einer rechtmäßigen Enteignung begreift<sup>151</sup> und die sie definierenden Formeln zusammenfaßt, so gerät man unversehens in nicht unbe trächtliche Schwierigkeiten: Der Tatbestand der Enteignung muß solche eigentums relevanten Beeinträchtigungen erfassen, die das Bedürfnis und die Eignung haben, durch Beachtung des Junktims und durch ein spezielles Allgemeinwohlinteresse gerechtfertigt zu werden.<sup>152</sup> Substituiert man im letzten Satz die genannten Voraussetzungen mit dem übergeordneten Terminus „Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen“, so folgt: Der Tatbestand muß solche eigentumsrelevanten Beeinträchtigungen erfassen, die das Bedürfnis und die Eignung haben, durch Beachtung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gerechtfertigt zu werden.

(3) Mit der h. M. – wenn auch ihrem eigenen System nach nicht unbedingt zwin gend – ordnet *Schulze-Osterloh* den redlichen Erwerb als Fall der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums ein.<sup>153</sup> Die Kriterien dafür werden nicht näher entfaltet. Zwar betont *Schulze-Osterloh* den Vorrang der Bestandsgarantie.<sup>154</sup> Gleichwohl habe das Interesse des einzelnen an der Bewahrung seines Rechts zu rückzustehen hinter den Bedürfnissen der Allgemeinheit an Sicherheit und Leichtig keit des Verkehrs und hinter dem Vertrauensinteresse des gutgläubigen Erwer bers.<sup>155</sup> Ungeachtet der Tatsache, daß mit dem Schutz des Erwerbers ein relevantes Merkmal genannt ist, bedürfte die Erklärung angesichts der nach der h. M. auch bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung garantierten Zuordnung des Eigentums in der Hand des einzelnen<sup>156</sup> zumindest der näheren Rechtfertigung.

Bei der Lösung mag auch der von *Schulze-Osterloh* zugrunde gelegte „materielle Enteignungsbegriff“ eine Rolle spielen. Mit der Umkehrung des Satzes „Entschädi-

<sup>149</sup> Vgl. hierzu statt aller *Schönke/Schröder/Eser*, § 74, 18, § 74 f, 1.

<sup>150</sup> Vgl. statt aller *BK/Kimminich*, Art. 14, 210.

<sup>151</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 93; vgl. schon oben § 4 II 3 c (1) am Anfang.

<sup>152</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 93 und 270.

<sup>153</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 30 ff., 293, 299.

<sup>154</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 261.

<sup>155</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 30, 293. Sie verzichtet jedoch (vor allem S. 30 Fn. 70) auf präzise Abgrenzung und gegenseitige Gewichtung der tragenden Rege lungsprinzipien; ihr Hinweis auf andere Autoren – etwa *Heck*, *Wolff/Raiser* und *Baur* – bleibt wenig ertragreich, da diese das Problem ebenfalls unter grundrechtlichen Aspekten kaum befriedigend darstellen (vgl. dazu oben § 3 Fn. 1–8).

<sup>156</sup> Vgl. dazu oben § 4 I 2 a.

gungspflicht, weil Enteignung“ in „Enteignung, weil Entschädigungspflicht“ und der Begründung dieser Entschädigungspflicht durch die übermäßige Belastung des Eigentumswertes sei es möglich geworden, die Kompensation unmittelbar aus der Wertschutzfunktion des Eigentums abzuleiten. Sie habe ihren Platz auch gegenüber bestandswahrenden Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>157</sup>

Inwieweit Zustimmung<sup>158</sup> und Kritik<sup>159</sup> dieses Ansatzes im ganzen berechtigt

<sup>157</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 260f.

<sup>158</sup> v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 63; *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 178f.; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 339 mwN. in Fn. 42; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 29; *ders.*, JuS 1982, 7; *ders.*, JuS 1983, 104; *Gallwas*, Grundrechte S. 99; *Battis*, Allg. Verwaltungsrecht Rdn. 449; *ders.*, NVwZ 1982, 589; *Battis/Felkl-Brentano*, JA 1983, 497f.; *Schwabe*, JZ 1983, 276; *Knauber*, NVwZ 1984, 756; *Hendler*, DVBl 1983, 880; *Götz*, DVBl 1984, 396f.; *Krohn*, DVBl 1986, 748; *Grooterhorst*, DVBl 1986, 85; *Dörr*, NJW 1988, 1051f.; wohl auch *Bender*, JZ 1986, 889f., der dies als Konsequenz der Ausblendung einzelner Fallgruppen der Aufopferungsenteignung aus dem engen Enteignungsbegriff bezeichnet; im Ergebnis schon früher *Schulte*, Dogmatik S. 36f.; vgl. ferner *Wendt*, Eigentum S. 334 für den Spezialfall bestandsdurchbrechender privatrechtlicher Eingriffe; unentschieden BGHZ 100, 136, 144.

<sup>159</sup> Vgl. z.B. *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 285–287; *Rüfner*, in Erichsen/Martens § 52 II 2b Fn. 65; *Kimminich*, NuR 1985, 2; generell auch *Wendt*, Eigentum S. 309ff.; wohl auch *Böhmer*, NJW 1988, 2572, der lediglich (entschädigungslos) sozialgebundenes Eigentum und (entschädigungspflichtige) Enteignung als Alternativen akzeptiert. – Den Kritikern ist im Ergebnis der Beifall nicht zu versagen. Nicht überzeugend ist schon die Verengung der Enteignung auf ihren klassischen Begriff (vgl. unten § 4 III 1 b (2)). Auch die genannten Vorteile sind wenig überzeugend. Das Instrumentarium sei – so seine Verfechter – flexibler als das Entschädigungsjunktim des Art. 14 Abs. 3 GG (*Götz*, DVBl 1984, 397; wohl auch *Knauber*, NVwZ 1984, 756 mit Fn. 66). Damit beschwört man die Gefahr herauf, daß letztendlich nur die strengen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG, insbesondere was das Entschädigungsjunktim angeht, umgangen werden, will man nicht dieselben Anforderungen im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG stellen (so z.B. BGHZ 102, 350, 360; ferner *Schwabe*, JZ 1983, 276, der aber auch materielle Gesetze genügen läßt; a.A. wohl *Hendler*, DVBl 1983, 880, der auf den konkreten Regelungsgehalt abstellen will). Die Grenzen der Entschädigungspflicht gegenüber der kompensationslosen Inhaltsprägung bleiben diffus. So entnimmt *Schulze-Osterloh* dem Art. 14 Abs. 2 GG auch die verfassungsrechtliche Legitimation, den Schutz des Eigentumswertes zu beschränken (Eigentumsopferentschädigung S. 273). Damit koinzidiert die Sozialbindung bei der Bestandsgarantie mit der beim Wertschutz. Es bleibt die Entschädigungspflicht bei kollisionslösenden Normen (vgl. dazu unten § 4 III 3). Schließlich kehrt die (von den Zivilgerichten zu lösende) Abgrenzungsschwierigkeit wieder. Ist die Beeinträchtigung noch zumutbar oder schon zu weit gehend – mit der Folge, daß die (gesetzlich vorgesehene) Entschädigung zuzuerkennen ist (vgl. hierzu *Knauber*, NVwZ 1984, 757)? BVerfGE 58, 137ff., das von den Verfechtern der entschädigungspflichtigen Sozialbindung regelmäßig als Beleg herangezogen wird, läßt sich auch anders deuten. Sieht man in solchen Fällen eigentumsrechtlich nicht ohnehin nur die bloße Verwertbarkeit als garantiert an, so liegt es nahe, die Abgabepflicht bei geringeren Auflagen als Enteignung zu werten, die dann die entsprechenden Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG zu erfüllen hat (vgl. schon oben § 4 I 2 d). Der Unterschied in der Rechtsfolge dieser Einordnung wäre marginal. Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Abgabepflicht ist erfüllt. Die fehlende Entschädigung führt bei Einordnung in Art. 14 Abs. 3 wie Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zur Nichtigkeit. Daß das Bundesverfassungsgericht in concreto nicht diese Sanktion ausgesprochen hat, liegt an der nur randweisen Kollision

sind, ist hier nicht näher zu verfolgen. Bei konkurrenzlösenden Normen, insbesondere soweit sie dem bürgerlichen Recht angehören, ist das Konzept nicht hinreichend tragfähig. Es geht hier nicht um bestandswahrende Inhalts- und Schrankenfestlegung durch den Gesetzgeber, der ein Wertausgleich parallelgeschaltet ist. Im Gegenteil: Nicht nur der Wert-, sondern vor allem der Substanzverlust charakterisiert den redlichen Erwerb. Mit der bloßen Kompensation den Entzug der Sache selbst rechtfertigen zu wollen, fiel zurück in die inzwischen überwundene Ansicht, eine zu weit gehende Sozialbindung schlage in eine „Enteignung“ mit der Konsequenz einer Entschädigung um.<sup>160</sup> Wie man die Obliegenheiten des Betroffenen, sich zu wehren, auch immer beschreiben mag: Allein durch Entschädigung wird die Maßnahme nicht rechtmäßig; gleich-, ja vorrangig, kann ihre Aufhebung durchgesetzt werden.

d) Wendt: Privatrechtliche Beeinträchtigung als sozialpflichtüberschreitende Schrankenbestimmung aus wichtigem Grund

Es wirkt daher auf den ersten Blick nur konsequent, wenn *Wendt* – bei grundsätzlicher Anerkennung der kollisionslösenden Normen als Sonderproblem der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG – privatrechtliche Eingriffsbefugnisse zwar als sozialpflichtüberschreitende und damit ausgleichspflichtige Schrankenziehung begreift, jedoch zusätzliche Anforderungen an ihre Rechtmäßigkeit stellt, die erst tauglich seien, die Durchbrechung des Bestandsschutzes zu legitimieren. Notwendig sei ein besonders hochrangiges Interesse, das zwar nicht völlig mit den Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG übereinstimmen, jedoch auf singuläre Konfliktfälle beschränkt werden müsse.<sup>161</sup> Doch manövriert man sich damit erneut in all die Schwierigkeiten hinein, die sich schon bei den anderen Vorschlägen als unüberwindlich entpuppten – angefangen bei der dogmatischen Verankerung einer solchen Tatbestandsvoraussetzung bis hin zu ihrer Ausfüllung im Einzelfall. Das besonders hochrangige Interesse bedürfte dauernder Sicherung durch eine entsprechende Widmung des Gegenstandes. Will man es nicht auf das Bedürfnis nach Erlaß der Norm als solches reduzieren, muß man wiederum auf vorgelagerte Über-

---

mit Art. 14 GG, auf die mit der Feststellung reagiert werden konnte, das Gesetz verstoße insoweit gegen Art. 14 GG (BVerfGE 58, 137, 152), und ist keine Folge der Klassifizierung als entschädigungspflichtige Sozialbindung.

<sup>160</sup> Das zeigt sich z. B. bei *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 271 ff.: Bei der Frage, ob das Wohl der Allgemeinheit enteignungsrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung sei, schwenkt sie auf die Problematik der Eigentumswertbeeinträchtigung über. Auch BVerfGE 14, 263 ff. (Feldmühle) bespricht sie lediglich unter dem Aspekt des Wertschutzes (Eigentumsopferentschädigung S. 262; NJW 1981, 2543 f.). Damit wird die vorgelagerte Untersuchung vernachlässigt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Substanzentzug möglich ist (vgl. hierzu etwa *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I S. 704 ff.). – Insofern trifft die Kritik von *Wendt*, Eigentum S. 339 f. an *Breuer*, Bodennutzung S. 289 auch die Konzeption von *Schulze-Osterloh*.

<sup>161</sup> *Wendt*, Eigentum S. 340 ff.; ähnlich *Aicher*, Staatshaftung S. 276; *Götz*, Vergütungsanspruch S. 126 f.

legungen zurückgreifen. Der Ausgleich kollidierender Rechtsgüter fordert und legitimiert den Verlust beim einzelnen, wenn der überlegene Belang hinreichend geeignet ist, den anderen zurücktreten zu lassen. Diese Gewichtung, nicht der Begriff des erst ausfüllungsbedürftigen hochrangigen Interesses, ist der entscheidende Ansatzpunkt.

### III. Die Vorschriften des redlichen Erwerbs als Kollisionsregeln

#### 1. Die Gestaltungsmöglichkeiten der Legislative

Die auf die Inhalts- bzw. Schrankenbestimmung unter dem Aspekt der Sozialbindung sowie auf die Enteignung verengte Sicht vermag das Einordnungsproblem also nicht in den Griff zu bekommen. Die Konsequenz aus diesem Befund, damit seien die Vorschriften über den redlichen Erwerb eben verfassungswidrig, wäre indes nur dann unabweisbar, wenn Art. 14 GG nur diese Regelungsmodalitäten eröffnete.

##### a) Die Festlegung des Schutzbereichs

Das ist jedoch nicht der Fall. Schon die ausnahmslose Zuordnung des jeweiligen Gegenstandes zu privater Nutzung ist kein undifferenziert verbindliches Dogma; seit langem sind Ausnahmen anerkannt. Hierher gehören etwa die entschädigungslose Tötung seuchenkranker Tiere<sup>162</sup> sowie die Einziehung der Werkzeuge einer vorsätzlichen Straftat.<sup>163</sup> Die Erklärung, dabei handele es sich um von vornherein schutzunwürdiges Eigentum,<sup>164</sup> bleibt die Antwort auf die entscheidenden Kriterien schuldig, die eine Beschränkung des Schutzes des Art. 14 GG und den Einbau in seine Systematik rechtfertigen können.<sup>165</sup> Den Details ist nicht weiter nachzugehen – eine Rolle mag spielen der Gedanke der Gefahrenabwehr<sup>166</sup> oder des Straf- bzw. Sicherungszwecks.<sup>167</sup> Hier interessiert nur der Umstand, daß schon nach allgemein akzeptierter Dogmatik die Inhalts- und Schrankenbestimmung unter ausschließlicher Ausrichtung auf die bestandswahrende Sozialbindung gemäß Art. 14 Abs. 2 GG den Spielraum des Gesetzgebers nicht erschöpfend beschreibt.

<sup>162</sup> Vgl. etwa BVerfGE 20, 351, 359; BVerwGE 7, 157, 261 ff.; 12, 87, 96; 39, 190, 194 jeweils mwN.; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 24.

<sup>163</sup> BVerfGE 22, 387, 422; *Schwerdtfeger*, Struktur S. 24; ausführlich *Eser*, Sanktionen S. 144 ff.

<sup>164</sup> Vgl. dazu oben § 3 IV 1 mwN.

<sup>165</sup> BVerfGE 22, 387, 422 f.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 129; *Schulze-Osterlob*, Eigentumsopferentschädigung S. 258 f.

<sup>166</sup> Vgl. z.B. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 129; BVerfGE 20, 351, 361 spricht insoweit von Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG; BGHZ 100, 335, 338 begreift Normen, die die Beschlagnahme einer Sache auch bei bloßem Verdacht zulassen, als Inhalts- und Schrankenbestimmungen.

<sup>167</sup> Vgl. z.B. *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 575 f.; *Eser*, Sanktionen S. 144 ff.

## b) Der Ausgleich von Kollisionen

Zu kurz kommt zudem der Kollisionsaspekt. Indes wäre es ein höchst bemerkenswertes Phänomen, sollte ausgerechnet das Eigentum nicht mit anderen ebenfalls verfassungsmäßig geschützten Belangen in Konflikt geraten können oder dabei undifferenziert den Vorrang genießen. Wie außergewöhnlich das wäre, zeigen schon die allgemeinen Grundrechtslehren. Schranken gibt es auch außerhalb der ausdrücklichen Gesetzesvorbehalte.<sup>168</sup> Für die Regelungs- und Eingriffsvorbehalte des Art. 14 GG<sup>169</sup> eine durchgängige Ausnahme zu postulieren, besteht um so weniger Anlaß, als das Eigentum historisch, aber auch von der Konzeption des Grundgesetzes her, stets als ein Grundrecht begriffen wurde und wird, das der Prägung – und damit notwendig der Beschränkung – durch den Gesetzgeber besonders bedarf.<sup>170</sup> Beispiele für diese nicht nur an die Sozialbindung angelehnte Regelungsbefugnis lassen sich unschwer finden. Das Recht des Mieters auf freie Meinungsäußerung kann auf das Interesse des Vermieters an Abwehr von Störungen treffen;<sup>171</sup> der auf Art. 6 Abs. 1 und 3 Abs. 2 GG gestützte Anspruch auf Versorgungsausgleich gegen den früheren Ehepartner nach der Scheidung beeinträchtigt dessen Anwartschaft, die ihrerseits unter dem Schutz des Art. 14 GG steht.<sup>172</sup>

(1) Die Problematik als solche wird zwar zum Teil durchaus empfunden,<sup>173</sup> je-

<sup>168</sup> Vgl. dazu oben § 3 IV, insbesondere 3.

<sup>169</sup> Die Terminologie ist hier nicht ganz einheitlich. *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 27 spricht vom „Gesetzesvorbehalt“, BK/*Kimminich*, Art. 14, 98 von „Regelungsbefugnis“. Die Unterschiede spielen hier keine Rolle; es geht nur um die Anwendbarkeit der allgemeinen Kollisionsregeln.

<sup>170</sup> Vgl. statt aller BVerfGE 58, 300, 336 f.; *Böhmer*, AgrarR 1984 Beilage I S. 12; *ders.*, Der Staat 24 (1985), 197: Es könnten und müßten auch Vorschriften über Inhalt und Schranken des Eigentums erlassen werden, wenn es Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG nicht gäbe.

<sup>171</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 7, 230, 234 ff.

<sup>172</sup> Vgl. BVerfGE 53, 257, 288; 71, 364, 386; 72, 141, 153; BVerfG NJW 1989, 1983, 1984; *Krause*, FamRZ 1980, 535; *ders.*, JZ 1984, 715; *Nußgens/Boujong*, Rdn. 299. Man hätte hier auch an den Schutz des ausgleichsberechtigten Ehepartners durch Art. 14 GG denken können; er hat das Familienvermögen gleichsam mitverdient (vgl. hierzu nur BVerfGE 71, 364, 386). Daß damit schon „virtuelles Eigentum“ vorlag, das sich nach der Scheidung lediglich konkretisiert, wäre ein zusätzlicher Gesichtspunkt, der indes eine Sonderbehandlung nicht rechtfertigen könnte. Unterhaltspflichten – obgleich dem Legitimationsmuster nach parallel laufend – ließen sich nicht als Ausfluß solch virtuellen Eigentums begreifen (vgl. dazu Fn. 183). – Vgl. auch BVerfG ZIP 1986, 1336, 1337: Die Pflicht des Gemeinschuldners, eine Vollmacht über sein ausländisches Vermögen zu erteilen, ist eine den Inhalt des Eigentums bestimmende Regel. Exakter als die Zitierung öffentlichen Interesses wäre die Berufung auf die Belange der Gläubiger, die auch nur eine von der Sozialpflichtigkeit allein (vgl. dazu auch BVerfG NJW 1986, 1859, 1860 unter dem Aspekt des Art. 2 GG) nicht zu begründende Einschränkung decken können. Vgl. ferner BVerfGE 77, 130, 136: Kollision zweier durch Art. 14 GG geschützter Belange (Schloßherr/Ruhrkohle AG); BVerfG NJW 1984, 1293, 1294 (Art. 5 Abs. 3/ Art. 14 GG – Sprayer); *Wolf*, NJW 1987, 2647.

<sup>173</sup> Vgl. etwa *Schulte*, Eigentum S. 101 f., 117 ff., der weitgehende Eingriffe in die Substanz jedoch nur im Nachbarrecht zuläßt (vgl. hierzu schon oben Fn. 131); *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 28 f., 272 f.; *Götz*, Vergütungsanspruch S. 121 ff.; *Schwerdtfeger*,



doch wegen der meist zu einseitigen Ausrichtung auf die Sozialbindung falsch eingeordnet, und zwar in doppelter Hinsicht: Zum einen können die Interessen der Allgemeinheit nicht alle Beschränkungen legitimieren; das wurde deutlich bei Autoren, die auf das mehr oder weniger herabgestufte Wohl der Allgemeinheit nicht verzichten zu können glaubten. Umgekehrt reicht jedoch die bloße Tatsache der Kollision allein nicht aus; der konkurrierende Belang muß seinerseits von höherem oder zumindest gleichrangigem verfassungsrechtlich abgesichertem Gewicht sein, um den Eingriff in den Bestand des Eigentums tragen zu können.

So mag etwa bei Werbung für eine politische Partei von einer Mietwohnung aus das bloße Aufeinandertreffen divergenter Interessen nicht genügen, um den aus dem Eigentum resultierenden Abwehranspruch des Vermieters zu Fall zu bringen. Entsprechendes verfassungsrechtliches Gewicht hat dagegen der Anspruch des früheren Ehegatten auf Versorgungsausgleich; stehen seine Leistungen während der Ehe gleichwertig neben der Bereitstellung der notwendigen Barmittel, so dürfen die gemäß der vereinbarten Arbeitsteilung gemeinsam erwirtschafteten Versorgungsrechte nach der Scheidung gleichmäßig auf beide Partner verteilt werden. Das kann sich ändern, wenn – etwa bei sehr langer Trennung der Eheleute vor der Scheidung – der Versorgungsausgleich seiner Rechtfertigung aus Art. 6 Abs. 1 und 3 Abs. 2 GG entbehrt; er verstößt dann gegen Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>174</sup>

Der Kreis der verfassungsmäßig garantierten Belange, die einen Eingriff in den durch Art. 14 GG geschützten Bereich des Eigentümers rechtfertigen, ist nicht auf Freiheitsrechte beschränkt. Auch das Eigentum des Konkurrenten – in seinem vom Grundgesetz verfestigten Schutzbereich – kann zu Einschränkungen führen, was sich im Ergebnis eigentlich von selbst versteht. Der Ausgleich der Befugnisse zweier Eigentümer ist seit jeher Domäne des bürgerlichen Rechts,<sup>175</sup> insbesondere natürlich des Sachenrechts.

Ob man die Kollisionslösung als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums bezeichnen will,<sup>176</sup> ist eine mehr terminologische Frage, solange man sich

---

Struktur S. 18; Lueg, Sozialbindung S. 91 ff. für §§ 904–924 BGB; Hübner, Ann. Univ. Sarav. 1960, 104; Soell, DVBl 1983, 243f.; Ipsen, AöR 91, 97; Kimminich, NuR 1985, 5; der Sache nach auch Wendt, Eigentum S. 338.

<sup>174</sup> BVerfGE 53, 257, 296, 298; vgl. auch Fn. 183.

<sup>175</sup> BGH NJW 1985, 266, 267. Die Abgrenzung der beiderseitigen Interessen erfolgt nach dem BGH grundsätzlich durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Will man Mißverständnisse der Art verhindern, das BGB konstituiere allein den Schutzbereich, muß man die Betonung auf *grundsätzlich* legen. – Vgl. ferner BGHZ 101, 24, 27f.: Auch eine Verfügung über den Gegenstand kann unter § 745 Abs. 2 BGB fallen, solange § 745 Abs. 3 BGB nicht sperrt. Das Gericht stützt sich auf die Sozialbindung des Eigentums, hätte aber auch den Kollisionsaspekt erörtern können. Denn das Argument, das Gebot der Rücksichtnahme gewinne an Gewicht, wenn die Parteien in besonderen Rechtsbeziehungen stünden, die sie hinsichtlich eines bestimmten Eigentumsrechts verbanden (BGHZ 101, 24, 27), deutet weniger auf die dem Allgemeinwohl verantwortliche Sozialbindung, sondern auf den Ausgleich konfligierender Individualbelange.

<sup>176</sup> So z. B. BVerfGE 53, 257, 295; BVerfG NJW 1989, 1983, 1984; BGHZ 101, 24, 27;

bewußt bleibt, daß es gilt, einen Eingriff nach den Grundsätzen des schonendsten Ausgleichs zwischen zwei von der Verfassung anerkannten Gütern zu begründen. Die Gefahr, dies aus den Augen zu verlieren, sollte nicht unterschätzt werden, wenn man von sozialpflichtübersteigender Schrankenziehung spricht und sich bei der Interpretation dieses Begriffs zu eng an die Voraussetzungen der Sozialbindung anlehnt, indem man zusätzlich gewichtige öffentliche Interessen fordert.<sup>177</sup> Der Ausgleich zwischen privaten Belangen ist gerade nicht zwangsläufig davon abhängig, daß dem obsiegenden Interesse zusätzlich das Wohl der Allgemeinheit – wie es von Art. 14 Abs. 2 und 3 GG verstanden wird – zur Seite steht.

(2) Daß diese Lösung der Konzeption des Art. 14 GG nicht zuwiderläuft, hat sich schon gezeigt. Art. 14 Abs. 2 und 3 GG sind Spezialregelungen für die Prägung des Eigentums im Hinblick auf das Wohl der Allgemeinheit. Sie erweitern nicht unerheblich die legislatorische Befugnis, die aus der bloßen Notwendigkeit der Regelung von Kollisionen nicht zwingend folgen würde. Dies zu betonen, besteht um so mehr Anlaß, als die auf die kodifizierten Regelungsvorbehalte fixierte Interpretation für die Lösung von Konkurrenzen, für die Art. 14 Abs. 2 und 3 GG als Grundlage in der Tat nicht geeignet sind, vielmehr ein Defizit bloßzulegen schien.

(3) Ein solches Verständnis ist nicht gleichbedeutend mit einer gerade in letzter Zeit zunehmend propagierten<sup>178</sup> Rückkehr zur Enteignung im klassischen Sinn als Güterbeschaffung zum Vorteil für die Allgemeinheit, begleitet von der Übertragung des Gegenstands auf den Enteignungsbegünstigten. Der Zugriff auf das Eigentum korreliert nicht notwendig mit dem Wechsel des Inhabers, wäre doch sonst eine auf die Unterlassung bestimmter Nutzungen gerichtete Dienstbarkeit anders zu beurteilen als der Erlaß eines genau zum selben Resultat führenden öffentlich-rechtlichen Verbotes.<sup>179</sup> Um solche Zufälligkeiten zu vermeiden, muß man den Vorgang jedenfalls wirtschaftlich bewerten.<sup>180</sup> Im Vordergrund steht dann nicht die Übertragung, sondern der (partielle) Entzug des Eigentums, der nur durch den konkreten

*Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 293 sowie die Nachw. § 3 Fn. 6; von Kollisionslösung spricht *Götz*, Vergütungsanspruch S. 126.

<sup>177</sup> So *Wendt*, Eigentum S. 338f., 341; vgl. dazu schon oben § 4 II 3 d.

<sup>178</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 267f., die auf S. 268 Fn. 121 iVm. S. 262 Fn. 103 genannte Entscheidung BVerfGE 42, 263, 299 (Contergan) spricht freilich nur vom Entzug des Eigentums, nicht aber auch davon, daß dem auf seiten des Staates eine Gütervermehrung korrespondieren müsse; *AK/Rittstieg*, Art. 14/15, 187; *ders.*, NJW 1982, 724; *ders.*, JZ 1983, 166; *Battis*, NVwZ 1982, 589 (für die Administrativenteignung); nicht ganz eindeutig *Schwerdtfeger*, Struktur S. 25f., der für die Administrativenteignung auf den klassischen Begriff rekurriert, für die Legalenteignung einen fließenden Übergang zwischen Art. 14 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG favorisiert.

<sup>179</sup> *Schwabe*, JZ 1983, 278; ablehnend zur Rückkehr zur Güterbeschaffung als konstituierendem Merkmal auch *Hendler*, DVBl 1983, 878; *Bender*, BauR 1983, 6f. mit Fn. 43; *J. Ipsen*, DVBl 1983, 1031. Für die Differenzierung anhand des Wechsels des Rechtsträgers aber noch *Wolff*, Festschrift für Kahl S. 30.

<sup>180</sup> v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 56.

Gemeinwohlzweck zu begründen ist;<sup>181</sup> dies, nicht ein neuer Berechtigter, ist der entscheidende Punkt.

(4) Daß mit der Trennung zwischen öffentlichen und privaten Belangen als Gestaltungsprinzipien Idealtypen beschrieben werden, ist selbstverständlich; Verwischungen sind an der Tagesordnung. Natürlich verfolgt der redliche Erwerb auch Zielsetzungen, die der Allgemeinheit zugute kommen. Wegen der unterschiedlichen Regelungsvoraussetzungen hat die Differenzierung dennoch ihren guten Sinn. Dem erweiterten Konkretisierungsfeld der Sozialbindung korrespondiert eine geringere Eingriffstiefe. Die privatnützige Zuordnung zu durchbrechen, ist die Sozialpflichtigkeit allein prinzipiell nicht in der Lage; für solche Beeinträchtigungen steht nur Art. 14 Abs. 3 GG mit seinen strengen Voraussetzungen, insbesondere dem Wohl der Allgemeinheit, als Gesetzesvorbehalt zur Verfügung.

Der Unterschied zur Kollisionsregel dokumentiert sich beispielsweise bei Vorschriften des sozialen Mietrechts. Die Leitbildfunktion der Vergleichsmiete ist nicht aufgrund konkurrierender Grundrechte des jeweiligen Mieters zwingend indiziert. Sie folgt primär aus dem sozialen Bezug des Eigentums; die Gruppe der Mieter ist auf Nutzung des fremden Guts angewiesen. Das Regelungssystem ist somit durch das Wohl der Allgemeinheit, also die Sozialpflichtigkeit gerechtfertigt, darf aber umgekehrt den privatnützigen Kern nicht aushöhlen. Das Wohl der Allgemeinheit wäre beim redlichen Erwerb als einzige Absicherung angesichts des weitreichenden Eingriffs in das private Recht unzulänglich; auf die Legitimation aufgrund des entgegenstehenden verfassungsrechtlich geschützten Belangs des Erwerbers kann nicht verzichtet werden.

## 2. Die Anforderungen an die konkurrierenden Belange

Als kollisionslösende Normen sind die §§ 892f., 932ff. BGB nicht automatisch von jeder Kontrolle anhand höherrangigen Rechts dispensiert, im Gegenteil: Hinreichend, den Bestandsschutz in der Hand des bisher Berechtigten zu durchbrechen, ist nur ein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse zumindest gleich hohen Ranges, dessen Realisierung notwendigerweise mit dem Eingriff in das Eigentum verknüpft ist.

### a) Die notwendige Kollision mit den Interessen des Erwerbers

Als ein solches grundrechtlich garantiertes Interesse kommt lediglich der Anspruch des Erwerbers gegen den Verfügenden in Betracht. Dem Staat gegenüber genießt er – wie gezeigt<sup>182</sup> – Schutz durch Art. 14 GG. Die hier interessierende Problematik ist indes charakterisiert durch die Konkurrenz mit dem Interesse des Eigentümers an der Fortdauer seiner bisherigen Berechtigung. Einer der beiden Belange muß zurücktreten, beide lassen sich nicht gleichzeitig realisieren. Pauschal mit dem geringeren Stellenwert der Position des Erwerbers zu argumentieren, das

---

<sup>181</sup> So auch v. Münch/Bryde, Art. 14, 56; AK/Rittstieg, Art. 14/15, 186.

<sup>182</sup> Vgl. dazu oben § 4 I 1.

Sacheigentum undifferenziert als vorrangig einzustufen würde das Problem nicht ausloten. Ein Verfassungssatz des Inhalts, Sacheigentum genieße stets Priorität vor der Forderungsinhaberschaft, ist nicht nur dem Grundgesetz nicht zu entnehmen, er würde darüber hinaus grundlegende Institute ohne Not in Frage stellen. Ein nach den Vorschriften der KO anfechtbarer Erwerb hat hinter die Interessen der Konkursgläubiger zurückzutreten, obgleich diese sich häufig nur auf schuldrechtliche Forderungen stützen können. Nacheheliche Unterhaltspflichten nötigen den Pflichten nicht weniger als der Versorgungsausgleich, sein Eigentum (partiell) zu bewerten und dem früheren Ehepartner zu überlassen.<sup>183</sup>

Obendrein widerspricht das Institut des redlichen Erwerbs keineswegs so fundamental den Interessen des bisherigen Eigentümers, wie es auf den ersten Blick scheinen kann. Im Gegenteil: Mag ihn der Verlust des Eigentums im Einzelfall auch hart treffen, so ist er umgekehrt in vielen anderen Lagen Nutznießer des Instituts. Nur weil die Rechtsordnung den Erwerber auch dann schützt, wenn er mit einem Nichtberechtigten kontrahiert, kann man auf umfangreiche und kostspielige Nachforschungen verzichten, soweit sich keine Verdachtsmomente zeigen.<sup>184</sup> Die §§ 892 f., 932 ff. BGB erleichtern und fördern so auch die Verfügungen durch den Eigentümer selbst.

---

<sup>183</sup> Nach h.M. sind Unterhaltspflichten nicht an Art. 14 GG, sondern nur am Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit zu messen (vgl. etwa BVerfGE 57, 361, 378, 387 f. für § 1579 BGB). Dahinter mag stecken, daß Art. 14 GG nicht das Vermögen als solches schützen will. Es wäre gleichwohl nicht überzeugend, Art. 14 GG generell als Maßstab für die Kontrolle von Unterhaltspflichten auszublenden. Die Affinität zum Problem des Versorgungsausgleichs, bei dem Art. 14 GG unstreitig betroffen wird, ist enger, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Beide basieren auf demselben Gedanken: Sie ziehen Konsequenzen aus der in der Ehe vereinbarten Arbeitsteilung; nicht nur das gemeinschaftlich erwirtschaftete soll beiden Partnern zugute kommen, die Einigung kann auch insoweit fortwirken, als der den Haushalt führende Ehegatte seine wirtschaftliche Lage eng an seinen Partner geknüpft und auf Sicherung der eigenen Erwerbstätigkeit verzichtet hat. Wäre die Linie zwischen Übertragung einer Anwartschaft und Einräumung lediglich eines schuldrechtlichen Anspruchs zu ziehen, wäre der schuldrechtliche Versorgungsausgleich nach §§ 1587 ff. BGB anhand anderer Maßstäbe zu überprüfen als die §§ 1587 a ff. BGB. Wenn BVerfGE 63, 88, 108 f. § 1587 b Abs. 3 S. 1 BGB nur anhand von Art. 2 Abs. 1 GG kontrolliert, so bemüht es doch die in BVerfGE 53, 257, 296 entwickelten Grundsätze, reduziert keineswegs den Schutz des betroffenen Partners. Unterschiede im Detail mögen aus der Eigenart der Ansprüche resultieren. Die Aufteilung des zusammen erwirtschafteten bedarf geringerer Anforderungen als Unterhalt während des weiteren, nun nicht mehr gemeinsamen Lebens. Der Schuldner kann nicht zuletzt gehalten sein, den Stamm seines Vermögens zu verwerten (was bei entsprechend intensiver Beeinträchtigung sogar der Belastung durch Steuern eine Grenze durch Art. 14 GG ziehen kann; vgl. nur *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 160 ff.). Es wird dann nicht nur der Wert des konkreten Eigentums tangiert – ein Gesichtspunkt, weswegen das Vermögen dem Schutz des Art. 14 GG entzogen ist (vgl. nur *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 151) –, sondern das Eigentum selbst betroffen. So schützt denn auch BGH NJW 1985, 266, 267 die vermögensrechtliche Position der Vertragspartner jeweils durch Art. 14 GG.

<sup>184</sup> Vgl. schon oben § I III sowie den Bericht v. Hoffmanns, Grundstückskauf S. 44, 84 ff. über notwendige Kautelen bis hin zu privaten grundbuchähnlichen Registern in Rechtsordnungen, die den redlichen Erwerb nicht kennen.

Das leitet über zum öffentlichen Interesse. Kann es auch allein die Regelung nicht legitimieren, so ist es in der Kollisionslösung gleichwohl mitzuberücksichtigen. Das Bedürfnis nach Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs verstärkt die für den Schutz des Erwerbers streitenden Argumente.

Und schließlich hat das Gesetz die unterschiedlichen Problemlagen nicht rundweg über einen Leisten geschlagen und pauschal zugunsten des Erwerbers gelöst, sondern abgestufte Lösungen entwickelt. Der bislang Berechtigte ist etwa durch die Schranke des § 935 BGB geschützt, aber auch durch die in der Grundbuchordnung vorgesehenen Kautelen, die einer unrichtigen Eintragung vorbeugen sollen, nicht zuletzt durch das Erfordernis des guten Glaubens des Erwerbers.<sup>185</sup>

#### b) Der Spielraum der Legislative

Die Modalitäten im einzelnen zu bestimmen, die Entscheidung darüber, welches der Rechtsgüter in concreto vorzuziehen sei, ist dem Gesetzgeber aufgegeben. So wäre im Prinzip auch verfassungsgemäß – obgleich *de lege ferenda* nicht zu befürworten – eine Abschaffung des redlichen Erwerbs, jedenfalls soweit sie mit flankierenden Maßnahmen wie kurzen Ersitzungszeiten<sup>186</sup> sowie Privilegierungen des gutgläubigen Besitzers verbunden wäre. Ebenso wenig stünden der Einführung eines Lösungsrechts<sup>187</sup> unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel Vorbehalte entgegen. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umfaßt die Auflösung von Kollisionen in die eine oder andere Richtung. Die vom BGB gewählte Normierung stellt demgemäß eine mögliche, aber nicht die einzig zulässige dar. Auch der Zeitpunkt, ab dem regelmäßiger Schutz gewährt wird, steht grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers. Eine sachgerechte Regelung könnte statt des Moments der Übereignung den der Übergabe vorgelagerten Zeitpunkt einer Zahlung wählen. Für die gesetzliche Regelung spricht freilich einiges; ist doch die Position des Erwerbers durch Besitz bzw. Eintragung im Grundbuch zusätzlich verstärkt.

#### c) Der unentgeltliche Erwerb

Der Spielraum der Legislative ist jedoch nicht ohne jede Schranke. Tritt einer der beiden konkurrierenden Belange zurück, so hat die Regelung dem Rechnung zu tragen. Die reduzierte Schutzwürdigkeit eines Beteiligten wird unmittelbar von einer Begrenzung der gesetzgeberischen Freiheit reflektiert; die Legislative ist nicht befugt, solchen Interessen gleichwohl den Vorrang einzuräumen. Paradigma ist die unentgeltliche Zuwendung des Gegenstandes.

Daß eigene Leistung für die Garantie des Art. 14 GG konstitutiv ist, ist insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Ansprüchen anerkannt. Diese sind – wie es das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung formuliert – dann abgesichert,

<sup>185</sup> Das Bild wird abgerundet durch die Schadensersatz- bzw. Herausgabepflicht des Verfügenden (vgl. dazu unten § 4 III 3). Hat das Grundbuchamt die Falschbuchung zu vertreten, ist der bisher Berechtigte schließlich über § 839 BGB wenigstens in seinem Vermögen geschützt.

<sup>186</sup> Wie sie z. B. v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 233 ff. fordert.

<sup>187</sup> So z. B. befürwortet von Boehmer, Einführung S. 317.

wenn der sie begründende Sachverhalt im einzelnen eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen eines Eigentümers entspricht. Besondere Legitimationskraft kommt der eigenen Leistung zu.<sup>188</sup> Dem hat sich die Literatur, mit Modifikationen im einzelnen,<sup>189</sup> angeschlossen;<sup>190</sup> die Kritiker wollen den Schutz der Betroffenen allenfalls verbessern.<sup>191</sup> Die Eigentumsgarantie bewahrt vor allem den durch Arbeit und Leistung erworbenen Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt,<sup>192</sup> ein Aspekt, der auf den Äquivalenzgedanken hin zu generalisieren ist: Die Ansprüche der Conterganopfer gegenüber den Schädigern genießen insbesondere deswegen Eigentumsschutz, weil die Forderung ein Ausgleich für die Einbuße an Lebensstüchtigkeit ist.<sup>193</sup>

Der Umfang der Eigenleistung bzw. der Äquivalenzgedanke determinieren die Befugnis des Gesetzgebers zur Regelung von Inhalt und Schranken einer unter die Garantie des Art. 14 Abs. 1 GG fallenden Position,<sup>194</sup> ohne Ansehen der formalen Einordnung. Die Klassifizierung einer Forderung als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Anspruch spielt keine Rolle, solange der sachliche Gehalt nicht variiert.<sup>195</sup> Selbst Sacheigentum kann in dem Maße, in dem sein Erwerb etwa mit

<sup>188</sup> BVerfGE 1, 264, 277 f.; 2, 380, 399 ff., 402; 14, 288, 293 f.; 16, 94, 113; 18, 392, 397; 22, 241, 253; 24, 220, 226; 45, 142, 170; 48, 403, 412 f.; 50, 290, 340; 53, 257, 291 f.; 58, 81, 112; 69, 272, 300 f.; 72, 9, 18 f.; 72, 175, 193; 76, 220, 235, 242 f.; 77, 370, 377; BGHZ 92, 94, 106. – Die Frage, ob für die Bewertung als Eigentum der Äquivalenzgedanke den Ausschlag gibt, oder ob es auf die nicht unerhebliche Eigenleistung ankommt, spielt im hier interessierenden Zusammenhang keine Rolle; vgl. dazu *Ossenbühl*, Festschrift für Zeidler S. 631 f.

<sup>189</sup> Vgl. etwa *Wendt*, Eigentum S. 126 ff.; AK/*Rittstieg*, Art. 14/15, 115.

<sup>190</sup> Ausführlich *Krause*, Eigentum S. 65 ff.; vgl. ferner z.B. BK/*Kimminich*, Art. 14, 71; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 25; AK/*Rittstieg*, Art. 14/15, 114 ff.; *Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts S. 668; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 102 ff.; *Maunz/Zippelius*, § 28 II 2; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 14, 4; *Hesse*, Rdn. 445; *Dürig*, Festschrift für Apelt S. 41 ff.; *Heinze*, 55. Deutscher Juristentag IE 62 ff.; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 133; *Degenhart*, BayVBl 1984, 66; *Haverkate*, ZRP 1984, 219; grundsätzlich auch *Papier*, in *Maunz/Dürig* Art. 14, 129, der freilich die Ausgangsformel des Bundesverfassungsgerichts (Rechtsposition, die der eines Eigentümers entspricht) als zirkulär kritisiert; ebenso *Maunz*, BayVBl 1981, 324; das Bundesverfassungsgericht wiederum verteidigend *Wendt*, Eigentum S. 115 Fn. 470. – Die Gegenmeinung, die sozialversicherungsrechtliche Positionen nicht dem Schutz des Art. 14 GG unterstellen will (so in der Tendenz etwa *Pitschas*, JA 1980, 535), spielt, da nur einen Ausschnitt betreffend, für die hier interessierende Frage keine prinzipielle Rolle.

<sup>191</sup> Vgl. etwa *Rupp-v. Brünneck*, BVerfGE 32, 111, 129, 142 f. – dissenting opinion.

<sup>192</sup> BVerfGE 31, 229, 239; 50, 290, 340; 71, 137, 143 mwN.; *Ramsauer*, Beeinträchtigung S. 133; *Krause*, Eigentum S. 58 Fn. 137; ähnlich BVerfGE 72, 175, 193.

<sup>193</sup> BVerfGE 42, 263, 293; zustimmend *Schwerdtfeger*, Struktur S. 14 Fn. 56; *Nüßgens/Boujong*, Rdn. 298.

<sup>194</sup> BVerfGE 58, 81, 112; 69, 272, 301; *Heinze*, 55. Deutscher Juristentag IE 66; *Haverkate*, ZRP 1984, 219.

<sup>195</sup> BVerfGE 69, 272, 301; ausführlich BGHZ 92, 94, 104 ff. unter Ablehnung abweichender Literatur; *Heinze*, 55. Deutscher Juristentag IE 57 f. betont die strukturelle Identität der Garantie privater Versicherungsverhältnisse und der sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche. Beide Vertragsverhältnisse stehen grundsätzlich unter dem Schutz des Art. 14 GG und sind anhand im Kern identischer Grundsätze zu beurteilen.

Hilfe von Subventionen oder Steuererleichterungen vollzogen wurde, durch nur modifizierten Schutz abgesichert sein.<sup>196</sup>

Charakteristikum privatrechtlicher auf einem schuldrechtlichen Vertrag, jedoch nicht auf staatlicher Gewährung basierender Ansprüche ist es zwar, daß es auf derartige Voraussetzungen nicht ankommt, soweit es um den Schutz vor Eingriffen des Staates geht. Liegt ihnen wenigstens typischerweise frühere eigene Leistung zugrunde, so kümmert sich die öffentliche Hand um Entstehungsgrund und Entgeltlichkeit nicht. Das ändert sich, sobald es nicht um das Zugriffsrecht zugunsten der Allgemeinheit, sondern um die Lösung von Kollisionen zwischen zwei geschützten Rechten geht. In der Konkurrenz mit dem Bestandsinteresse des Eigentümers tritt der Schutz des Erwerbers, der seinerseits für die Sache kein Opfer gebracht hat, als (relativ) weniger schutzwürdig zurück.<sup>197</sup> Auf Leistungen des Vormannes zu verweisen, hilft hier nicht weiter; dieser hat in aller Regel keine, jedenfalls keine beständigen<sup>198</sup> Erwerbsaufwendungen erbracht. Hier wirkt sich aus, daß die eigene Leistung zwar nicht Voraussetzung der Eigentumsgarantie, jedoch besonderer Schutzgrund ist.<sup>199</sup> In Kollision zweier prinzipiell gleichrangiger Güter tritt dasjenige zurück, dessen Schutzgrund weniger ausgeprägt ist; die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers ist zu seinen Lasten modifiziert.

Das Ergebnis läßt sich auch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ableiten, wenngleich nicht schon aus dem Postulat der Erforderlichkeit.<sup>200</sup> Will man den Beschenkten schützen, so setzt das die Zuordnung des Eigentums zu Lasten des bisher Berechtigten voraus; das Ziel erfordert also den Eingriff. Spätestens die Mittel-Zweck-Relation ist aber gestört, da es unverhältnismäßig ist, bei einer Kollisionslösung die Interessen desjenigen vorzuziehen, der weder selbst eine eigene Leistung erbracht hat noch auf die seines Rechtsvorgängers verweisen kann, während dem Benachteiligten gerade dieser Schutzgrund zur Seite steht.

Die dem § 816 Abs. 1 S. 2 BGB zugrunde liegende Erwägung, die Interessen eines Erwerbers, der kein Vermögensopfer erbracht habe, seien weniger schutzwürdig als

---

<sup>196</sup> BVerfGE 69, 272, 301.

<sup>197</sup> Ansätze – freilich nicht im Kontext mit der Kollisionsproblematik – bei *Wendt*, Eigentum S. 360f., der bei „unverdientem“ Vermögenszuwachs im Hinblick auf Art. 14 GG den Schutz für rücknehmbar hält; ähnlich wohl *Häberle*, AöR 109, 64. – Auch *Dürig*, Festschrift für Apelt S. 32 Fn. 43 will unentgeltlich erworbene Güter – wohl pauschal – einer erhöhten Sozialpflicht unterwerfen. Das überzeugt nicht, soweit der Veräußerer durch Art. 14 GG geschützt war, gewinnt seine Bedeutung jedoch bei einer Kollisionslage: Der unentgeltliche Erwerb ist in Relation mit den Belangen des Eigentümers weniger schutzwürdig.

<sup>198</sup> Zwar Aufwendungen, aber keine beständigen, liegen vor, wenn Grund- und Erfüllungsgeschäft, die dem Verfügenden die Besitzverschaffungsmacht vermittelten, nichtig sind; insbesondere ist dann die Gegenleistung rückabzuwickeln.

<sup>199</sup> BVerfGE 53, 257, 291 f. mw.N.; 69, 272, 301; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 99; *Krause*, Eigentum S. 65ff.

<sup>200</sup> Den Schutz des Beschenkten daran scheitern zu lassen, wäre für diejenigen konsequent, die die Sicherung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs – im Ergebnis zwar nicht überzeugend – als Legitimation heranziehen. Vollzieht sich der bürgerliche Rechtsverkehr grundsätzlich als entgeltlicher (so etwa *Wendt*, Eigentum S. 122), bedarf der unentgeltliche keines Schutzes.

die des bisherigen Eigentümers,<sup>201</sup> findet hier ihre auch verfassungsrechtliche Verankerung. Mag auch der erste Entwurf noch von jedem Ausgleich abgesehen, den (ehemaligen) Eigentümer also rechtlos gestellt haben,<sup>202</sup> die im zweiten Entwurf statuierte Rückabwicklung<sup>203</sup> umschreibt den inzwischen auch verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz des Rechtsinhabers. Im übrigen handelt es sich nicht um eine singuläre Erscheinung. Eine Reihe der Vorschriften, in denen sich die „Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs“<sup>204</sup> niederschlägt, basiert auf demselben Abwägungsmuster. So setzt sich in § 2329 BGB der Anspruch auf den Pflichtteil<sup>205</sup> gegen den vom Erblasser Beschenkten durch; die §§ 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG, 32 KO ziehen die Ansprüche der Gläubiger dem unentgeltlich erlangten Vermögenszuwachs des Dritten vor.

### 3. Das Problem der Kompensation

Es bleibt die Frage der Entschädigung, ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit bzw. Notwendigkeit sowie der subsidiären Einstandspflicht des Staates bei Insolvenz des Nichtberechtigten.

#### a) Das Recht und die Pflicht der Legislative zur Normierung von Ausgleichsansprüchen

Daß der Gesetzgeber Ausgleichsansprüche anordnen *darf*, ist im Ergebnis wie in der Begründung unproblematisch. Gehindert wird er insbesondere nicht durch Art. 14 Abs. 3 GG, der nichts für einen Gegenschluß etwa des Inhalts hergibt, eine Kompensation könne nicht angeordnet werden, soweit keine Enteignung vorliege.<sup>206</sup> Schwieriger ist dagegen die Frage zu entscheiden, ob es eine Pflicht des Gesetzgebers gibt, eine solche Entschädigung vorzusehen.

<sup>201</sup> BGHZ 37, 363, 369; 81, 395, 396; 88, 232, 237; vgl. ferner 91, 288, 292; sowie mit wechselnden Formulierungen auch die einhellige Ansicht im Schrifttum; vgl. etwa *Palandt/Thomas*, § 816, 3a; *Erman/H. P. Westermann*, § 816, 12; *MünchKomm/Lieb*, § 816, 48; *RGRK/Heimann-Trosien*, § 816, 16; *AK/Joerges*, § 816, 20; *Larenz*, II § 69 IVb; *Esser/Weyers*, II 2 § 50 II 3; *Fikentscher*, § 99 IV 2 abb; *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 a = S. 330; *Westermann*, § 45 I 2.

<sup>202</sup> Vgl. Mot. III 212 = Mugdan III 177; vgl. auch die Darstellung bei *Schubert*, Entstehungsgeschichte S. 110.

<sup>203</sup> Vgl. Prot. III 82 = 3444 = Mugdan III 543. Der Antrag, schon von der dinglichen Wirksamkeit solcher Geschäfte abzusehen, war mit Stimmengleichheit abgelehnt worden; vgl. auch die Darstellung bei *Schubert*, Entstehungsgeschichte S. 138f.

<sup>204</sup> Vgl. statt aller *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 382.

<sup>205</sup> Der seinerseits verfassungsrechtlich unter dem Schutz des Art. 14 GG steht; vgl. nur BVerfGE 67, 329, 341f. (implizit); ferner *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 246; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, 46; *Boehmer*, in *Bettermann/Nipperdey* II S. 417, denen zufolge aber nur die Grundgedanken, nicht die konkrete Ausgestaltung geschützt sind.

<sup>206</sup> Soweit ersichtlich, wird diese Frage in der Kontroverse um die Inhalts- und Schrankenbestimmung im Rahmen der Sozialpflichtigkeit nicht näher erörtert. Im Ergebnis bejaht z. B. *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 302ff. eine solche Gestaltungsmöglichkeit, die Kritik von *Wendt*, Eigentum S. 309ff. richtet sich nur gegen die Bindung des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung von Inhalt und Schranken im Hinblick auf die Sozialpflichtigkeit des Eigentums.



(1) Ob diese für alle Fälle der Inhalts- und Schrankenbestimmung aus dem Gleichheitssatz und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit resultiert,<sup>207</sup> sei hier dahingestellt; soweit es um die Sozialpflichtigkeit als Richtschnur der Ausgestaltung geht, ist der Vorschlag durchaus angreifbar.<sup>208</sup> Das ändert sich, wenn Normen betroffen werden, die Kollisionen zwischen Privaten entwirren. Art. 14 Abs. 3 GG thematisiert diese Frage nicht; Abgrenzungsschwierigkeiten zur Junktimklausel können also von vornherein nicht auftauchen. Die Sozialbindung als Legitimation der entschädigungslosen Inhalts- und Schrankenziehung<sup>209</sup> ist auf den Fall der Zuordnung des Eigentums an einen Dritten anstatt den bisher Berechtigten nicht übertragbar: Wird doch der Eigentümer im Kern seines Rechtes betroffen, der Gegenstand entzogen, damit die privatnützige Verfügung unmöglich. Funktionell – wenn auch nicht dogmatisch – geht mit dem Zugriff eine „Enteignung“ einher, was jedenfalls die Entschädigungspflicht dem Grundsatz nach indiziert.<sup>210</sup> Sie auszuschließen, besteht um so weniger Veranlassung, als hier nicht einmal die Sozialpflichtigkeit es rechtfertigen kann, das Wertinteresse des Betroffenen hintanzustellen.

(2) Man muß indes differenzieren. Bisweilen laufen der Bestands- und der Wertschutz notwendig parallel, so beispielsweise beim Anspruch auf Versorgungsausgleich, aber auch auf Pflichtteilsergänzung gegenüber dem Beschenkten oder auf Rückgewähr nach Konkursanfechtung. Hier wäre es offensichtlich paradox, dem ausgleichspflichtigen Ehegatten eine – vom anspruchsberechtigten Partner zu erbringende – Entschädigung zuzusprechen. Wo es primär oder ausschließlich um kollidierende Vermögensinteressen zwischen nur zwei Partnern geht, würde man das vom Gesetzgeber legitimerweise verfolgte Ziel nur konterkarieren, wollte man eine Ausgleichspflicht statuieren. Die Gewichte sind schon anders zu verteilen, wenn beide Schutzbereiche verschieden tangiert sein können, wie das etwa bei §§ 946 ff. BGB der Fall ist. Dem Eingriff in den Bestand braucht nicht notwendigerweise die Beeinträchtigung des Wertinteresses zu korrelieren.

Das Spannungsfeld, das der redliche Erwerb meistern soll, zeichnet sich durch den Konflikt im Dreiecksverhältnis aus. Hier sind Bestands- und Wertinteresse nicht vorbehaltlos miteinander gekoppelt; sie können je eigene Wege gehen. Die Zuordnung an den Erwerber wird nicht dadurch unterlaufen, daß man dem bisherigen Eigentümer einen Kompensationsanspruch gegen den Verfügenden gibt. Eine

---

<sup>207</sup> Grundlegend *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 235 ff.; vgl. auch weitere Nachw. oben in Fn. 158.

<sup>208</sup> Vgl. oben Fn. 159.

<sup>209</sup> So die Gegenargumente von *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 285–287; *Wendt*, Eigentum S. 309 ff., insbesondere S. 314.

<sup>210</sup> *Wendt*, Eigentum S. 343; auch *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 290 will bei „bürgerlich-rechtlicher Aufopferung“ aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG Kompensation zulassen. Daß entschädigt werden muß, entspricht auch der h. M.; vgl. z. B. *Breuer*, Bodennutzung S. 282, 288, 289. Wenn *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 15 das – wohl in Anlehnung an die Einzelaktsstheorie – leugnet, so übersieht er, daß auch nach dieser ab einer gewissen Intensität der Eingriff nicht mehr durch die Sozialbindung gedeckt ist.

solche Möglichkeit, die wertmäßige Beeinträchtigung abzuwälzen, ist geradezu geboten, will man nicht unter Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dem Eigentümer undifferenziert auch den Verlust des Wertinteresses aufbürden. Weder der Schutz des Erwerbers noch die Förderung des Verkehrs gebieten es, den Verfügenden von solchen Ansprüchen freizustellen. Seinem Interesse kann mit abgestufter Haftung Rechnung getragen werden, durch die Fälle fehlenden Verschuldens anders sanktioniert sind als bewußte Verfügungen zu Lasten des Eigentümers.

(3) Das BGB steht nicht im Verdacht, den ehemaligen Eigentümer leer ausgehen zu lassen. Und doch wirkt sich die Pflicht, Entschädigung zu leisten, in einem zwar seltenen, durchaus aber diskutierten Fall aus. Basiert die Verfügung auf einem entgeltlichen Vertrag, erreicht die Gegenleistung aber nicht den Wert der veräußerten Sache, so läßt der Wortlaut des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB darauf schließen, der frühere Eigentümer habe sich mit der Herausgabe des geringeren Entgelts zu bescheiden. Notwendig ist diese Interpretation keineswegs.<sup>211</sup> Daß ein anderes Verständnis dem Entschädigungsgebot besser Rechnung trägt, ist letztendlich ein entscheidendes, weil auch von der Verfassung nahegelegtes Argument.

#### b) Der Anspruchsgegner

Die Entschädigungspflicht als solche legt noch nicht den Anspruchsgegner fest. Den Veräußerer zu belasten ist sachgerecht. Ist er zum einen Begünstigter,<sup>212</sup> da er durch die Vorschriften des redlichen Erwerbs von seiner Pflicht frei wird, den Gegenstand zu übereignen, so greift er, dessen Verfügung zum Wechsel des Eigentums führt, zum anderen auch in das Recht des bisherigen Inhabers ein.<sup>213</sup>

#### c) Subsidiäre Haftung der öffentlichen Hand?

Bei Insolvenz des Verfügenden geht der frühere Eigentümer leer aus. Die Parallele zur Enteignung zu Gunsten Privater liegt dann nahe. Immerhin fordert die dort

<sup>211</sup> Vgl. unten § 5 I 4 b.

<sup>212</sup> Was die h. M. als entscheidendes Kriterium für die Haftungszurechnung ansieht; so etwa der BGH in ständiger Rechtsprechung; vgl. BGHZ 11, 248, 251, 258 f.; 40, 49, 52; 90, 17, 20 mwN.; vgl. ferner BGH WM 1979, 1123, 1124 (jeweils zum enteignungsgleichen Eingriff); *Papier*, in Maunz/Dürig Art. 14, 555 f. mwN.; BK/*Kimminich*, Art. 14, 378; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht S. 86; weitere Nachw. bei *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 99 Fn. 1, 107 Fn. 21 und 22. *Schulze-Osterloh* macht darauf aufmerksam, daß in der Rechtsprechung zwei Begünstigtenbegriffe auftauchen; begünstigt ist zum einen der, dem der Vorteil zugewandt wird, aber auch der Träger der öffentlichen Aufgabe, zu deren Erfüllung der Eingriff erfolgt. Der letztgenannte Terminus hat bei konkurrenzlösenden Normen des Privatrechts von vornherein allenfalls subsidiäre Bedeutung, was schon aus dem Fehlen einer öffentlichen Aufgabe folgt, der das (entzogene) Eigentum dienen kann. Eine doppelte Begünstigung (vgl. dazu *Salzwedel*, Entschädigungspflicht S. 22) gibt es hier nicht, da die Zuordnung nicht dem Allgemeinwohl dient oder dienen muß.

<sup>213</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 287 überläßt beim privatrechtlichen Haftungsrecht die Entscheidung, ob Eingriffs- oder Begünstigtenhaftung zugrunde zu legen ist, dem Gesetzgeber.

h. M., die eingreifende Körperschaft habe dem Anspruchsberechtigten einen Ausfall infolge der Zahlungsunfähigkeit des Begünstigten zu ersetzen.<sup>214</sup>

(1) Die Unterschiede zur Kollisionslösung beginnen schon bei der Person des Nutznießers. Die Allgemeinheit wird durch eine Enteignung selbst dann begünstigt, wenn ein Privater als neuer Rechtsinhaber ihre Ziele verfolgt; sie mag daher auch subsidiär für die Entschädigung eintreten. Anders ist es dagegen zu bewerten, sofern der Gegenstand einer dauernden, ausschließlich oder zumindest primär privaten Nutzung gewidmet wird. Daß es nun darum geht, Konflikte zwischen zwei Privatleuten zu entwirren, erst in zweiter Linie um das Wohl der Allgemeinheit, findet seine Entsprechung: Der Staat haftet nicht, auch nicht subsidiär.<sup>215</sup>

(2) Das leitet über zum zweiten, letztendlich ausschlaggebenden Gesichtspunkt. Seiner Pflicht, für Kompensation beim Verlust des Eigentums zu sorgen, das nicht einem öffentlichen Zweck zugeführt oder durch rechtswidriges hoheitliches Handeln beeinträchtigt wird, kommt der Gesetzgeber durch den Erlaß privatrechtlicher Normen in hinreichendem Maße nach.<sup>216</sup> Das ist bei faktischen rechtswidrigen Eingriffen Dritter, etwa bei unerlaubten Handlungen, offensichtlich; für die dabei eintretenden Schäden haftet der Staat nicht etwa selbst. Der Unterschied zu kollisionslösenden Normen ist nur gradueller Art, wenigstens soweit der Eigentümer seine Sache in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gegeben hat und ihm dies auch zurechenbar ist. Von dem damit eingegangenen Risiko muß ihn die öffentliche Hand ebenso wenig entlasten wie in sonstigen Fällen, in denen sie ebenfalls nicht für die Bonität der Vertragspartner aufzukommen hat. Wer vorleiht, wer eine Sache verleiht oder vermietet, trägt die Gefahr, daß sein Partner insolvent wird und auch eine Rückgabe der Sache scheitert, da sie untergegangen ist. Es besteht keine grundlegende Differenz zu dem Fall, in dem die Rückgabe nach einer Veräußerung an einen Dritten infolge der notwendig einen der Beteiligten beeinträchtigenden Kollisionslösung unmöglich wird. Auch dort verwirklicht sich nur das Risiko der Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr, das der Staat den Partnern keineswegs abzunehmen braucht.

<sup>214</sup> BGHZ 53, 226, 236; *Salzwedel*, Entschädigungspflicht S. 22, 29; *Lerche*, Übermaß S. 175; *Ipsen*, AöR 78, 331 mwN. in Fn. 79. Die meisten Enteignungsgesetze sichern den Betroffenen, indem sie den Erlaß der Ausführungsanordnung erst gestatten, wenn die Geldentschädigung gezahlt bzw. unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt ist. Kommt der Begünstigte seinen Zahlungspflichten nicht nach, so kann die Aufhebung des Enteignungsbeschlusses beantragt werden (vgl. Art. 34, 37 BayEG; § 117 Abs. 1 BauGB). § 44 BauGB sieht eine subsidiäre Einstandspflicht der Gemeinde vor.

<sup>215</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 288; ebenso i. E. BVerfGE 14, 263, 284, indem es eine Norm als verfassungsrechtlich unbedenklich wertete, die dem Beeinträchtigten lediglich privatrechtliche Ansprüche gegen den Übernehmer seiner Beteiligung an einer AG zubilligte.

<sup>216</sup> *Schulze-Osterloh*, Eigentumsopferentschädigung S. 289 f., 292: Wie jeder eigentumsrechtliche Anspruch Dritten gegenüber ist auch der Wertschutzanspruch mit dem Durchsetzungsrisiko behaftet. Vgl. ferner *Kirchhof*, Festschrift für Zeidler S. 1657: Trotz der Gestattung der Kopierfreiheit durch den Gesetzgeber kann sich dieser auf die gesetzliche Vermittlung zwischen Nutzern und Urhebern beschränken, indem er das pauschale Nutzungsentgelt regelt und es den Urhebern zuweist.

### 3. Kapitel

## Der Schutzbereich der Redlichkeitsvorschriften

### § 5 Die Schutzwürdigkeit des Erwerbers

#### I. Der unentgeltliche Erwerb

Die verfassungsrechtlichen Determinanten strahlen auf das BGB aus. Ohne eigene Leistung kann der Erwerber keinen Schutz beanspruchen.<sup>1</sup> Die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs, verankert in einer Reihe von Vorschriften, wie den §§ 519, 528, 530, 605 Nr. 1, 671, 2329 BGB, 3 Abs. 1 Nr. 3 AnfG, 32 KO, wird in § 816 Abs. 1 S. 2 BGB aufs neue akzentuiert. Das Interesse des bisherigen Eigentümers überwiegt dasjenige des Empfängers; dieser muß die Sache zurückgeben.

Auf der anderen Seite schirmt das BGB den Erwerber – dessen schuldrechtlicher Vertrag mit dem Verfügenden hier als intakt unterstellt wird – im Prinzip nicht nur von der Vindikation, sondern auch von jeder Kondiktion ab. Unbeschadet der Frage, ob man den Erwerber als primären Kondiktionsschuldner apostrophieren soll,<sup>2</sup> hat der Erwerb endgültigen Charakter,<sup>3</sup> liefere das Institut des redlichen Erwerbs anderenfalls doch Gefahr, über das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung seine Funktion größtenteils einzubüßen. Als Schlüsselbegriff schält sich damit die Entgeltlichkeit des Geschäfts heraus. Sie trennt den beständigen vom bloß vorläufigen, da Rückabwicklungsansprüchen des ehemaligen Eigentümers unterworfenen Erwerb. Die konstruktive Eigenart – der bisherige Eigentümer wird zunächst

---

<sup>1</sup> Vgl. die Nachw. in § 4 Fn. 201.

<sup>2</sup> So etwa MünchKomm/Lieb, § 816, 6 ff.

<sup>3</sup> Das ist unstreitig; vgl. nur *Staudinger/Lorenz*, § 816, 2; *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 = S. 283 f.; *Koppensteiner/Kramer*, S. 92; *Schlechtriem*, Symposium König S. 68; *Boehmer*, II 2 S. 26 f.; ähnlich *Larenz*, II § 69 IV a; v. *Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 353; *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 851: entscheidend ist die dingliche Ebene; mit weitgehenden Folgerungen MünchKomm/Lieb, § 816, 2 ff., 6 ff.; vgl. auch BGHZ 55, 176, 177: Der Vertrag des Nichtberechtigten mit dem Dritten ist in diesem Fall der die Vermögensverschiebung rechtfertigende Grund; ablehnend zur Begründung, aber zustimmend zum Ergebnis auch *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 97 Fn. 343. – Entsprechendes gilt für eine Kondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB; vgl. etwa BGHZ 36, 56, 60; BGH NJW 1974, 1132, 1134; MünchKomm/Lieb, § 812, 224; *ders.*, NJW 1982, 2038; v. *Caemmerer*, Festschrift für Boehmer S. 152; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 51; *Weitnauer*, NJW 1974, 1733; *Picker*, NJW 1974, 1793; v. *Olshausen*, JZ 1975, 30; *Pinger*, AcP 179, 329; *Beuthien*, JuS 1987, 844 f. (über das Dogma des Vorrangs der Leistungs- vor der Eingriffskondiktion). – Ausnahmen kann es nur geben, wo trotz eines entgeltlichen redlichen Erwerbs § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB zugunsten des früheren Eigentümers spricht; vgl. dazu unten § 6 II.

nur auf der obligatorischen, nicht auch auf der dinglichen Ebene abgesichert – wirkt sich, wie zu zeigen sein wird,<sup>4</sup> auf das Ergebnis letztendlich nicht aus.

### 1. Der Begriff der Unentgeltlichkeit

Die h. M. konzipiert den Begriff der Entgeltlichkeit iS. des § 816 Abs. 1 BGB in umfassender Weise. Es genügt jede causa, sei sie synallagmatischer, konditionaler oder kausaler Natur.<sup>5</sup> Mit seiner Investition gewinnt der Erwerber eine schutzwürdige Position. Unkosten des Geschäfts als solche bleiben hingegen außer Betracht; selbst erhebliche Aufwendungen weisen für sich allein genommen den Erwerb noch nicht als entgeltlich aus.<sup>6</sup> Dies fällt nicht aus dem System. Wird dem Empfänger selbst seinem Vertragspartner gegenüber eine schwächer ausgebaute Stellung eingeräumt, so besteht kein Anlaß, ihn im Verhältnis zum bisherigen Rechtsinhaber zu bevorzugen.

Ungeachtet einzelner Vorschläge, die Definition der Unentgeltlichkeit derjenigen der Schenkung anzupassen,<sup>7</sup> sollte man jener ihren eigenständigen Bereich zubilligen.<sup>8</sup> So mag eine kausale Verknüpfung zwischen der Übereignung und der Pflicht des Empfängers, die Sache nicht dem eigenen Nutzen, sondern dem vom Zuwendenden vorgesehenen Zweck zu widmen, eine Schenkung ausschließen.<sup>9</sup> Das maßgebliche Motiv des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, dem Erwerber das Privileg eines konditionsfesten redlichen Erwerbs vorzuenthalten, soweit er kein wirtschaftliches Gegenopfer für den von ihm erlangten Gegenstand erbracht hat,<sup>10</sup> gebietet es, die Unentgeltlichkeit für diesen Fall weiter zu fassen. Im bloßen Einverständnis über das weitere Schicksal der Sache liegt keine Leistung des Erwerbers. Demgegenüber braucht der Gegenwert nicht notwendig dem Verfügenden selbst zuzufließen. Ent-

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu § 6.

<sup>5</sup> *Staudinger/Lorenz*, § 816, 28; *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 c = S. 334; v. *Tuhr*, II 2 S. 139f.; *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte S. 16.

<sup>6</sup> RGZ 163, 348, 355 für § 988 BGB; *Palandt/Putzo*, § 516, 4a; *MünchKomm/Kollhosser*, § 516, 22 jeweils für die Schenkung.

<sup>7</sup> So etwa *Palandt/Thomas*, § 816, 3b; uneinheitlich *MünchKomm/Lieb*, § 816, 48 einerseits, 49 andererseits.

<sup>8</sup> So etwa *Soergel/Mühl*, § 816, 39; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 28; *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 c = S. 334.

<sup>9</sup> So etwa RGZ 62, 386, 390; OLG Kiel OLGE 38, 114, 116; *Palandt/Putzo*, § 516, 3b; *Erman/Seiler*, § 516, 6; *MünchKomm/Kollhosser*, § 516, 8; *Staudinger/Reuss*, § 516, 8; *Larenz*, II 1 § 47 I; v. *Tuhr*, II 2 S. 141. In der Regel wird hier bereits die Bereicherung des Empfängers verneint; das dürfte angesichts der Tatsache, daß er immerhin Eigentum erlangt hat, kaum zu vertreten sein. Auch ansonsten ist das Ergebnis fraglich, weil es eine Verpflichtung ohne die Beachtung der Form des § 518 BGB erlaubt und damit der Umgehung der Norm Vorschub leistet. Nicht umsonst bejaht man denn auch eine Schenkung, wenn der Zuwendungsempfänger die Sache selbst verwenden soll (*MünchKomm/Kollhosser*, § 516, 8); der Unterschied wirkt wenig abgesichert.

<sup>10</sup> *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 c = S. 334; v. *Tuhr*, II 2 S. 150f.

geltlich ist die Veräußerung auch, wenn die Leistung nicht ihm zugewendet, sondern ein Dritter begünstigt wird.<sup>11</sup>

## 2. Die Sicherung eines Kredits

Nicht unentgeltlich ist regelmäßig die Sicherung eines Kredits durch ein dingliches Recht.<sup>12</sup> Wird sie bereits bei Darlehensgewährung vereinbart, stehen Kredit und Sicherung in vielen Fällen im Synallagma.<sup>13</sup> Auch zu späteren Zeitpunkten werden dingliche Rechte grundsätzlich im Hinblick auf eine schon bestehende causa und deren Äquivalenz bestellt;<sup>14</sup> gehen sie doch nicht selten mit einem Zinsnachlaß parallel.<sup>15</sup> Doch kann die Gegenleistung durchaus fehlen, etwa weil der Schuldner ohne vorherige Absprache mit dem Gläubiger die Sicherung in der Absicht gewährt, den Vertragspartner für den Fall seiner Insolvenz vor Verlusten zu bewahren oder der Kreditgeber ansonsten kein Opfer speziell für die Sicherung erbracht hat,<sup>16</sup> erst recht natürlich bei dinglichen Rechten für unentgeltlich zugewendete Forderungen.<sup>17</sup> Die Vormerkung macht bei all dem keine Ausnahme; auch sie wird regelmäßig entgeltlich erworben.

## 3. Die nachträgliche Vereinbarung eines Entgelts

Die nachträgliche Verständigung über die Pflicht zur Gegenleistung wandelt den Charakter der unentgeltlichen Verfügung nicht ab. Das mag anders zu gewichten sein, soweit es um eine Schenkung nach § 516 BGB geht,<sup>18</sup> folgt jedoch für § 816 Abs. 1 S. 2 BGB aus der davon abgesetzten Interessenlage. Der Anspruch des Eigen-

<sup>11</sup> RGZ 112, 361, 368; BGH LM Nr. 4 zu § 138 (Cd) BGB; Palandt/Thomas, § 816, 3b; Erman/Seiler, § 516, 11; Soergel/Mühl, § 516, 16; Staudinger/Lorenz, § 816, 28; Reuter/Martinek, § 8 II 1c = S. 334; v. Tuhr, II 2 S. 140; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 76; Krawielicki, JherJb 81, 266f.

<sup>12</sup> RG WarnR 1933 Nr. 158 mwN.; RGRK/Heimann-Trosien, § 816, 16; MünchKomm/Lieb, § 816, 38; Staudinger/Lorenz, § 816, 29; Reuter/Martinek, § 8 II 1d = S. 336; v. Caemmerer, Festschrift für Lewald S. 453ff. mwN. zur früher herrschenden Gegenansicht; Baur, § 52 IV 1; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 99; wohl auch Erman/H. P. Westermann, § 816, 12.

<sup>13</sup> Vgl. etwa Staudinger/Hopt/Mülbert, § 607, 20; Baur, § 45 II 2; Gernhuber, Bürgerliches Recht § 27 IV 1 vor a; ähnlich H. J. Weber, AcP 169, 240f.: Verbindung nach § 139 BGB; a. A. Lopau, JuS 1976, 317: jeweils einseitige Pflicht.

<sup>14</sup> v. Caemmerer, Festschrift für Lewald S. 455; Reuter/Martinek, § 8 II 1d = S. 335.

<sup>15</sup> Reuter/Martinek, § 8 II 1d = S. 336; ebenso Canaris, ZHR 151, 551 für den Fall der Stundung bzw. des Absehens von einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme.

<sup>16</sup> Reuter/Martinek, § 8 II 1d = S. 336; ferner Canaris, ZHR 151, 550, 551; ebenso im Ergebnis v. Tuhr, II 2 S. 179, der indes von einem weiteren Begriff der Unentgeltlichkeit ausgeht; anders MünchKomm/Lieb, § 816, 38, der derartige Differenzierungen wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten ablehnt.

<sup>17</sup> v. Caemmerer, Festschrift für Lewald S. 457; v. Tuhr, II 2 S. 147.

<sup>18</sup> RGZ 72, 188, 191f.; 75, 325, 327; 94, 157, 159; MünchKomm/Kollhosser, § 516, 18; Soergel/Mühl, vor § 516, 11; Lorenz, II 1 § 47 I; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 40 mwN.; a. A. Staudinger/Reuss, § 516, 15.

tümers auf Rückgabe ist bereits entstanden und kann nicht durch einen Vertrag zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber zu Fall gebracht werden. Ist auch regelmäßig eine nachträgliche Vereinbarung unbedenklich, die nur Ansprüche zwischen den Parteien tangiert, so verschieben sich die Gewichte, sofern das Geschäft im Ergebnis wie ein Vertrag zu Lasten Dritter auf einen schon entstandenen Anspruch des Eigentümers einwirkt. Abreden dieser Art können kondiktionsfesten redlichen Erwerb nur vermitteln, solange der Erwerber gutgläubig ist.<sup>19</sup> Wäre er zu dem späteren Zeitpunkt noch geschützt, steht auch der nachträglichen Vereinbarung einer Gegenleistung für eine bis dahin unentgeltliche Übertragung nichts im Weg.<sup>20</sup>

#### 4. Die gemischte Schenkung

Bei der gemischten Schenkung überschneiden sich zwei Fragenkomplexe: Zum einen, ob die Sache herauszugeben ist, wenn die Gegenleistung des Beschenkten hinter dem Wert zurückbleibt, zum anderen, in welcher Höhe der Verfügende dem früheren Eigentümer zum Ersatz verpflichtet ist.

##### a) Herausgabepflicht des Beschenkten?

Die Herausgabepflicht des Beschenkten will der BGH<sup>21</sup> und mit ihm fast die gesamte Lehre<sup>22</sup> nach den allgemeinen Grundsätzen der gemischten Schenkung bestimmen. Überwiege der unentgeltliche Teil, so sei der redlich erworbene Gegenstand zurückzuerstatten. Ganz offensichtlich nicht berücksichtigt ist dabei der teilbare Erwerb, etwa bei einer partiell unentgeltlich eingeräumten Hypothek. Hier spricht nichts dagegen, das Geschäft in eine unentgeltliche und in eine entgeltliche Komponente zu zerlegen.<sup>23</sup> Auch abgesehen von diesem Spezialfall ist schon die Prämisse, die unbesehen die Regeln der gemischten Schenkung von den §§ 516 ff. BGB auf § 816 Abs. 1 S. 2 BGB übertragen will, alles andere als zwingend: Geht es einmal doch um den Ausgleich zwischen Schenker und Beschenktem, also um einen Konflikt zwischen den beiden am Vertrag beteiligten Personen, das andere Mal um die Interessenkollision zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber aufgrund der Verfügung des Nichtberechtigten, demgemäß um ein Dreiecksverhältnis. Das hat

<sup>19</sup> Eine Ausnahme mag gelten, falls lediglich Erfüllungshandlungen auf einen noch zu schließenden Vertrag vorweggenommen wurden (dazu *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte S. 42).

<sup>20</sup> Weitere Details zum Begriff der Entgeltlichkeit, denen hier nicht nachgegangen wird, z. B. bei *v. Tuhr*, II 2 S. 138 ff.; *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte S. 46 ff.

<sup>21</sup> BGH WM 1964, 614, 616; 1971, 54; ebenso der Sache nach schon RGZ 123, 52, 57 (obiter); RG SeuffA 83 Nr. 65 (obiter).

<sup>22</sup> *Palandt/Thomas*, § 816, 3a; *Erman/H. P. Westermann*, § 816, 12; *Soergel/Mühl*, § 816, 39; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 28; *Koppensteiner/Kramer*, S. 97; ebenso im Ergebnis *U. Hübner*, NJW 1980, 732 f.; *Krawielicki*, JherJb 81, 273 f. differenziert: Der Eigentümer könne bei jeder gemischten Schenkung die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises herausverlangen; dies abzuwenden, sei der Erwerber durch Zahlung der Differenz imstande. Vgl. aber auch die Nachw. zur abweichenden Ansicht in Fn. 27.

<sup>23</sup> *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 d = S. 336 f.

nicht unerhebliche Konsequenzen. Kann der Empfänger bei der Rückabwicklung gemäß den §§ 528 Abs. 1, 531 Abs. 2 BGB seine an den Schenker erbrachte Leistung nach § 818 Abs. 3 BGB entgegenhalten, so wäre ihm bei einer wegen Überwiegens der unentgeltlichen Komponente auf § 816 Abs. 1 S. 2 BGB gestützten Herausgabepflicht der Abzug des an den Veräußerer erbrachten Betrages verwehrt.<sup>24</sup> Funktionell setzt § 816 Abs. 1 S. 2 BGB den Vindikationsanspruch, wenngleich in schuldrechtlichem Gewande, fort. Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis mit einem Dritten sind daher wie bei § 985 BGB abgeschnitten. Dem (partiell) Beschenkten wäre auf diese Weise das Risiko überbürdet, daß der Empfänger insolvent wird – ein Ergebnis, dessentwegen die h.M. eine Durchgriffskondiktion bei rechtsgrundloser Verfügung, die sich auf eine Analogie zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB stützen müßte, ausdrücklich verwirft,<sup>25</sup> es sei denn, der Kondiktionsschuldner hat noch keine Aufwendungen zu verzeichnen.<sup>26</sup> Legitimiert ist der redliche Erwerb zudem durch die Leistung des Empfängers. Ihn zur Rückgabe zu zwingen heißt diese seine Investition zu vernachlässigen, obgleich sie jedenfalls teilweise den Wert des erworbenen Gegenstandes abdeckt. Die entgegengesetzte Lösung der Mindermeinung<sup>27</sup> kollidiert auch nicht mit dem Bestreben des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, den Eigentümer nicht rechtlos zu stellen, soweit der Verfügende nichts erlangt hat.<sup>28</sup> Die h.M. sieht sich mit exakt demselben Problem konfrontiert, sobald der entgeltliche Teil überwiegt und eine Kondiktion gegen den Empfänger nach ihren eigenen Grundsätzen ge-

<sup>24</sup> BGHZ 9, 333, 335 f.; 14, 7, 10; 47, 128, 130 f.; 55, 176, 179 f.; BGH NJW 1970, 2059; 1974, 1132, 1134; *Soergel/Mühl*, § 816, 30; *MünchKomm/Lieb*, § 816, 34 mw.N.; § 818, 62; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 24; § 818, 37; *Larenz*, II § 70 II; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 723; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 168 f.; *Schlechtriem*, Symposium König S. 83; *Rengier*, AcP 177, 434 f. jeweils für den Anspruch gegen den Verfügenden. Das kann bei einem Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger nicht anders sein, was sich schon aus dem Vorrang der Rückabwicklung bzw. Schadensersatzpflicht im jeweiligen Rechtsgrundverhältnis ergibt. Die anderslautende Entscheidung RGZ 163, 348, 360, das im Rahmen des § 988 BGB den Abzug der Erwerbskosten zugelassen hatte, wird heute allgemein abgelehnt (vgl. statt aller *Staudinger/Gursky*, vor §§ 987 ff., 24).

<sup>25</sup> *Erman/H. P. Westermann*, § 816, 10; *MünchKomm/Lieb*, § 816, 52; *Soergel/Mühl*, § 816, 43; *RGRK/Heimann-Trosien*, § 816, 19; *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 c, d = S. 333 ff. mw.N. in § 8 II 2 a Fn. 222 und 223; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 21; *Koppensteiner/Kramer*, S. 98; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 390; *H. P. Westermann*, Die causa S. 227.

<sup>26</sup> So für § 988 BGB *MünchKomm/Medicus*, § 988, 6; *MünchKomm/Lieb*, § 816, 52 mw.N.; *Köbl*, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis S. 298 (auch für das Dreiecksverhältnis, wie sich aus S. 227 ergibt); *Harms*, Sachenrecht S. 68; abwägend, im Ergebnis aber verneinend *Staudinger/Gursky*, vor §§ 987 ff., 24 a.E.; *Koppensteiner/Kramer*, S. 98 – Dieser Gedanke wird sich als durchgängig erweisen; vgl. dazu unten § 5 IV.

<sup>27</sup> *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 d = S. 336; a.A. aber wohl § 10 II 2 a = S. 403; ebenso im Ergebnis *MünchKomm/Lieb*, § 816, 54. – Dem entspricht, daß der Erwerber auch dann geschützt ist, wenn die Leistung im Augenblick der Bösgläubigkeit erst teilweise erbracht ist (vgl. hierzu unten § 5 IV 4). – Schon die Mot. III 212 = Mugdan III 117 hatten redlichen Erwerb trotz partieller Unentgeltlichkeit verteidigt – wenngleich es dort um die Frage ging, ob der Erwerber Eigentümer werden sollte.

<sup>28</sup> So die Wertung bei BGHZ 37, 363, 369.



sperrt ist. Darüber hinaus geht – und darauf liegt der Akzent – der Eigentümer in solchen Fällen zumindest nicht leer aus, solange der Verfügende solvent bleibt.

#### b) Der Umfang der Herausgabepflicht des Verfügenden

Weithin glaubt man allerdings, der frühere Eigentümer habe sich nach dem partiell unentgeltlichen redlichen Erwerb eines Dritten mit dem zu bescheiden, was der Verfügende erlöst hat.<sup>29</sup> Damit simplifiziert man das Problem auf unzulässige Art, schon deswegen, weil man ohne Not dem bisher Berechtigten den objektiven Wert der Sache zum Teil vorenthält. Ist die gemischte Schenkung im BGB zwar vorausgesetzt, aber nicht in allen Einzelheiten geregelt,<sup>30</sup> so wirkt der Schluß aus dem Wortlaut, der die Herausgabepflicht auf das Erlangte beschränkt, nicht allzu aussagekräftig. Ist ferner bei einer zur Gänze unentgeltlichen Zuwendung der Eigentümer sogar durch die Zugriffsmöglichkeit auf die Sache selbst gesichert, so darf bei partiell unentgeltlicher Verfügung sein Wertinteresse, mag auch die Rückgabe der Sache nicht geschuldet sein, nicht voreilig auf den tatsächlichen Erlös begrenzt werden. Die These der h. M. ist denn auch nicht nur vom Ergebnis her, sondern auch in ihrer Prämisse nicht zwingend. Soweit der Eigentümer vor der Verfügung neben Ansprüchen aus dem Eigentum sich auch auf Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den späteren Veräußerer hätte stützen können, hätte dessen Haftung das objektive Interesse umfaßt, selbst wenn er weniger erlöst haben sollte.<sup>31</sup> So trägt er sogar bei einer Leistungskondition nach der Saldotheorie im Ergebnis das Risiko, eine geringere Gegenleistung zu erhalten; insoweit wird sein Bereicherungsanspruch gekürzt.<sup>32</sup> Legt man umgekehrt § 818 Abs. 3 BGB restriktiv aus,<sup>33</sup> dann fällt der zu billige Verkauf von vornherein in die Risikosphäre des Nichtberechtigten.

Die Differenzierung nach einer zusätzlichen Kondiktionslage bleibt eine wertungsmäßig stimmige Antwort schuldig, zumal da – wie zu zeigen sein wird<sup>34</sup> –

<sup>29</sup> BGH NJW 1953, 58, 59; *Palandt/Thomas*, § 816, 5b; *Erman/H. P. Westermann*, § 816, 20; *RGRK/Heimann-Trosien*, § 816, 12; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 23; *Esser/Weyers*, § 50 II 2c; *Brox*, Schuldrecht Besonderer Teil Rdn. 419; ebenso für den gutgläubig Verfügenden *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 722; *Reeb*, Bereicherungsrecht S. 77; zögernd, im Ergebnis jedoch zustimmend, *MünchKomm/Lieb*, § 816, 32; a. A. *Jakobs*, Eingriffserwerb S. 57; *Binding*, Ungerechtigkeit S. 50f.

<sup>30</sup> Vgl. Mot. II 287 = *Mugdan* II 159; *MünchKomm/Kollhosser*, § 516, 30.

<sup>31</sup> Ebenso das Argument von *Reuter/Martinek*, § 8 I 4e = S. 326; 15 II 2 = S. 537 für die Nichtleistungskondition. Wenn sie bei Gutgläubigkeit des Verfügenden anders entscheiden wollen, entwerten sie ihre These; der Bösgläubige haftet ohnehin nach den §§ 823 Abs. 1, 249 BGB. Wer § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als *lex specialis* ansieht (so z. B. *Larenz*, II § 69 IV a), sollte daran keine Schwächung der Position des Berechtigten knüpfen; das verbietet schon der Surrogationsgedanke (vgl. z. B. *Reuter/Martinek*, § 8 I 4d = S. 321 ff.).

<sup>32</sup> Vgl. hierzu statt aller *Larenz*, II § 70 III = S. 581: Das Verlustrisiko trifft den Käufer (und Weiterveräußerer); das gilt auch, wenn sich dieses Risiko (partiell) durch die billige Veräußerung konkretisiert.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu statt aller *MünchKomm/Lieb*, § 818, 94 ff. – Die §§ 987 ff. BGB verdrängen Bereicherungsansprüche, die einen Ausgleich für die Nichtherausgabe der Sache gewähren, nicht (vgl. nur *Staudinger/Gursky*, vor §§ 987 ff., 20 mwN.).

<sup>34</sup> Vgl. unten § 6 II 1c.

§ 816 BGB und § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB auf einem durchgängigen Konzept beruhen. Demgemäß liegt es nahe, mit der Eingriffstheorie die Verfügung des Nichtberechtigten als Spezialfall der Eingriffskondition einzuordnen;<sup>35</sup> das hat zur Folge, daß der objektive Wert geschuldet ist.<sup>36</sup> Die These, § 816 Abs. 1 S. 1 BGB lege nur den an die Stelle der Direktkondition gegen den Erwerber tretenden Ersatzanspruch fest, daher bleibe es bei der Herausgabe allein des Erlöses,<sup>37</sup> kann nicht überzeugen. Schon das Axiom, primär treffe den Erwerber die Pflicht zum Bereicherungsausgleich, da die relative causa, das Rechtsgeschäft mit dem Nichtberechtigten, den Erwerb nicht zu tragen vermöge,<sup>38</sup> weckt Zweifel. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB läßt sich ebenso gut als Indiz dafür interpretieren, der (entgeltliche) Erwerb sei durch die Leistungsbeziehung mit dem Nichtberechtigten gedeckt und verstärke daher die Eingriffskondition des Berechtigten gegen den Verfügenden.<sup>39</sup> Nur nach unentgeltlicher Verfügung kann der frühere Eigentümer direkt zugreifen. So schirmt auch in den Einbaufällen diese lediglich relative causa in Übereinstimmung mit der Wertung der §§ 932 ff., 816 Abs. 1 S. 2 BGB den Erwerber für den Regelfall von Ansprüchen des Eigentümers ab.<sup>40</sup> Die Gefahr, daß sich die bereicherungsrechtlichen Ansprüche des Berechtigten verdoppeln, da er gegen den Verfügenden wie auch nach fehlgeschlagener Übereignung gegen den Dritten vorgehen könne,<sup>41</sup> ist gering. Entweder ist die Verfügung wirksam, dann hat es mit Forderungen gegen den Verfügenden sein Bewenden, oder sie schlägt mit der Konsequenz fehl, daß der Berechtigte aus seinem nach wie vor bestehenden Eigentum gegen den Empfänger vorgehen kann, mangels Wirksamkeit der Verfügung jedoch nicht nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen dessen Vertragspartner. Der Anspruchsverdoppelung im Fall der unentgeltlichen Veräußerung mag man begegnen, indem man die Verpflichteten als Gesamtschuldner zusammenfaßt.<sup>42</sup> Nicht zuletzt steht der Schluß der Ersatzan-

<sup>35</sup> BGH NJW 1970, 2059; Erman/H. P. Westermann, § 816, 1; Soergel/Mühl, § 816, 1; RGRK/Heimann-Trosien, § 816, 1; Staudinger/Lorenz, § 816, 2, 4; Larenz, II § 69 IV a; Esser/Weyers, § 50 II 1; Fikentscher, § 99 IV 2 a bb; Reuter/Martinek, § 8 I 1 a, c cc = S. 282, 291; Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 714; v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I S. 353.

<sup>36</sup> Reuter/Martinek, § 8 I 4 e = S. 326; ebenso der Hinweis von MünchKomm/Lieb, § 816, 33 auf die an sich notwendigen Folgen der h. M.

<sup>37</sup> MünchKomm/Lieb, § 816, 6 ff., 32; ebenso vom Ansatz her ders., NJW 1982, 2037, der die Frage dort indes nicht entscheidet.

<sup>38</sup> MünchKomm/Lieb, § 816, 6; Schlosser, JuS 1963, 146; Grunsky, JZ 1962, 208 mwN.; Rothoef, AcP 163, 240.

<sup>39</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 3.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu statt aller Staudinger/Gursky, § 951, 12 m. umfangr. Nachw.; ferner § 7 I 2 b mit Fn. 27; weitergehend Reuter/Martinek, § 10 II 2 a = S. 402 ff., die wiederum undifferenziert auf das Subsidiaritätsdogma zurückgreifen.

<sup>41</sup> MünchKomm/Lieb, § 816, 8; ders., NJW 1982, 2038. BGHZ 29, 157, 160 stützt diese Ansicht: Ist § 816 Abs. 1 BGB der stärkere, da auf ehemaligem Eigentum beruhende Anspruch, so ist der objektive Wert als Untergrenze nur konsequent.

<sup>42</sup> Reuter/Martinek, § 8 II 1 a = S. 331; vgl. auch BGHZ 52, 39, 43 ff. für die Kumulierung von Ansprüchen gegen den Schadensersatzpflichtigen und den Bereicherungsschuldner sowie BGH JZ 1984, 230, 231 f. für die Konkurrenz von Ansprüchen gegen den Verfügenden und

spruchstheorie, der Verfügende habe nur den Erlös herauszugeben, selbst wenn dieser hinter dem objektiven Wert zurückbleibe, nicht einmal mit den eigenen Prämissen im Einklang: Tritt der Anspruch gegen den Nichtberechtigten an die Stelle der Forderung gegen den zu schützenden Erwerber,<sup>43</sup> so wäre es nur konsequent, auf den Wert und nicht auf die Gegenleistung abzustellen. Der Ersatzschuldner hat auszugleichen, was von seinem Vertragspartner nicht erlangt werden kann, und das ist der Wert der Sache, die übergeordneter Überlegungen wegen nicht zurückgegeben zu werden braucht.<sup>44,45</sup>

Die verfassungsrechtlich indizierte Kompensation des Wertverlustes<sup>46</sup> rundet das Ergebnis ab. Es erübrigt sich, auf einen dogmatisch ohnehin kaum zu fundierenden Wertersatzanspruch gegen den Erwerber in Höhe der Differenz zwischen dem Wert und dem Erlös auszuweichen.<sup>47</sup>

den das Eigentum in sonstiger Weise Verletzenden; *Koppensteiner/Kramer*, S. 96 für die Einbaufälle, in denen der Eigentümer etwa wegen seiner Bösgläubigkeit nicht gegen die Kondiktion geschützt ist; das von v. *Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 391 f. propagierte Wahlrecht führt zu keinem anderen Ergebnis; *Krawielicki*, JherJb 81, 268 Fn. 41 für einen ähnlichen Fall (der Schenker hatte seinerseits von einem Dritten für die Schenkung etwas bekommen). – Die Kritik von MünchKomm/*Selb*, § 421, 39 an der Entscheidung BGHZ 52, 39 ff. überzeugt nicht. Formal bleibt schon das Argument fehlender Gleichstufigkeit. Der vorrangigen Haftung des Bereicherungsschuldners widerspricht es, daß er im Innenverhältnis zum Dieb zu entlasten ist (so auch MünchKomm/*Selb*, § 421, 29), was ohne Annahme einer Gesamtschuld insbesondere dann zu Schwierigkeiten führt, wenn Dieb und Bereicherungsschuldner nicht Vertragspartner, die Zwischenleute aber insolvent sind. Ansonsten bleiben die Unterschiede mehr konstruktiver Natur. Dasselbe gilt für die Kritik von *Reinicke/Tiedtke*, JZ 1984, 232 ff. an der Entscheidung BGH JZ 1984, 230 ff.

<sup>43</sup> MünchKomm/*Lieb*, § 816, 2.

<sup>44</sup> Aus dem Erfordernis etwa ableiten zu wollen, die Verfügung müsse wirksam sein (so MünchKomm/*Lieb*, § 816, 8), ist nicht zwingend. Ist sie nicht wirksam, so verbleibt es bei § 985 BGB; die Kondiktion ist deswegen nicht nötig und legitim (vgl. *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 c aa = S. 287).

<sup>45</sup> Zum selben Ergebnis müßte auch die Ansicht kommen, die als erlangt die Befreiung von der Verbindlichkeit ansieht; vgl. etwa *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 723. Der Wert dieser Verbindlichkeit entspricht dem des Gegenstandes; vgl. etwa *Jakobs*, Eingriffserwerb S. 56 f.; *Wacker*, Dogmatik S. 100 f. Die gegenteilige Ansicht von *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 722 steht mit seiner Begründung nicht im Einklang.

<sup>46</sup> Vgl. oben § 4 III 3 a (3).

<sup>47</sup> So indes MünchKomm/*Lieb*, § 816, 51; *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 d = S. 337, was sich mit ihrer Ansicht, der Verfügende habe den objektiven Wert zu erstatten (§ 8 I 4 e = S. 325 ff.) ohnehin nicht vereinbaren läßt; ebenso schon früher *Krawielicki*, JherJb 81, 274; *Binding*, Ungerechtigkeit S. 53; im Ergebnis auch *U. Hübner*, NJW 1980, 733.

## II. Das Erfordernis des „Rechtsgeschäfts“

### 1. Die h. M.: Beschränkung auf rechtsgeschäftlichen Erwerb

Redlicher Erwerb setzt den Übergang durch Rechtsgeschäft voraus; so jedenfalls sieht es die ganz einhellige Ansicht.<sup>48</sup> Dies scheint auf den ersten Blick nicht nur plausibel, sondern wirkt als geradezu selbstverständlich. Die §§ 892, 2366 BGB enthalten die Voraussetzung als explizites Tatbestandsmerkmal, die §§ 932 ff. BGB verweisen auf die §§ 929 ff. BGB, damit auf Normen, die einen rechtsgeschäftlichen und nicht gesetzlichen Übergang regeln. Auch teleologisch nimmt sich das Ergebnis fundiert aus: Schutz verdient lediglich derjenige Erwerb, der sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr abspielt, nicht die Änderung der dinglichen Zuordnung kraft Gesetzes.<sup>49</sup> Das Vertrauen des Erwerbers auf den Besitz bzw. die Richtigkeit des Grundbuchinhalts kann hier auf den ersten Blick nicht ins Gewicht fallen.<sup>50</sup>

### 2. Das uneinheitliche Meinungsbild in den Detailproblemen

Die Erwartung, angesichts eines solch klaren Befundes hielten sich die Probleme in Grenzen, trügt. Paradigmatisch ist schon der Streit, ob das Unternehmerpfandrecht nach § 647 BGB vom nichtberechtigten Besteller erworben werden kann. Vom Dogma aus, es liege gesetzlicher Erwerb vor, konsequent lehnt die h. M. redlichen Erwerb ab.<sup>51</sup> Daß indes durch eine Wiederholung des Gesetzeswortlautes in AGB –

<sup>48</sup> Vgl. vorläufig *Staudinger/Gursky*, § 892, 63; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 30 jeweils für § 892 BGB; *MünchKomm/Quack*, § 932, 7, 19 für §§ 932 ff. BGB; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 21; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 14 jeweils für § 2366 BGB; *Fritsch*, JherJb 82, 255.

<sup>49</sup> Vgl. etwa *Lutter*, AcP 164, 159; den weiteren Aspekt, der Erwerber bringe kein Opfer, betont *Frohn*, AcP 161, 42.

<sup>50</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 63 für das Grundbuch; BGHZ 34, 153, 158; *Larenz*, II 1 § 53 III e; *J. v. Gierke*, Sachenrecht S. 55; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 106; *Wiegand*, JuS 1974, 547 für den Besitz; anders im Hinblick auf das gesetzliche Pfandrecht des § 647 BGB nunmehr *Staudinger/Wiegand*, § 1257, 13 (vgl. dazu auch unten § 5 II 3 c). *GroßKomm/Canaris*, § 366, 78; *ders.*, NJW 1986, 1489 entscheidet dort anders, wo – wie bei § 647 BGB – der Rechtsschein doch eine Rolle gespielt haben könne; die angeblich notwendige Kombination von Besitz und Verfügungswillen betont *Müller-Laubé*, JZ 1983, 808.

<sup>51</sup> BGHZ 34, 153, 154 ff.; 87, 274, 280; 100, 95, 101; 102, 95, 101; BGH NJW 1977, 1240 (insoweit in BGHZ 68, 323 ff. nicht abgedruckt); OLG Köln NJW 1968, 304; OLG Zweibrücken JZ 1986, 341; *Jauernig/Schlechtriem*, § 647, 3 a; *Jauernig*, § 1257, 2 a; *Palandt/Bassenge*, § 1257, 2 a; *Erman/Seiler*, § 647, 13; *MünchKomm/Soergel*, § 647, 6; *Soergel/Mühl*, § 647, 4; vor §§ 994–1003, 12 (der freilich für eine analoge Anwendung des § 366 Abs. 3 HGB plädiert, damit zum Ergebnis der Mindermeinung gelangt); *AK/Reich*, § 1257, 7; *Planck/Flad*, § 1257, 3 a; *StudK/Beuthien*, § 647, 2; *Larenz*, II 1 § 53 III e; *Fikentscher*, § 80 II 5 a cc; *K. Müller*, Rdn. 2786 f.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 86 ff.; *Wiegand*, JuS 1974, 547; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 162 ff., 167; *Schwab*, Sachenrecht § 67 III 3; *Harms*, Sachenrecht S. 90 f.; *Gerhardt*, Mobilarsachenrecht § 17 = S. 170 ff.; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten

also durch einfache Übernahme der dispositiven Regelung in den Vertrag – genau das entgegengesetzte Ergebnis erzielt wird,<sup>52</sup> paßt nicht ins Bild. Folgerichtig wirkt dagegen wieder die überwiegende Ansicht zur dinglichen Surrogation etwa nach den §§ 1075 Abs. 1, 1287 S. 1 BGB, 848 Abs. 2 ZPO; der dort vorgesehene gesetzliche Erwerb bilde eben keine hinreichende Basis für den Schutz des guten Glaubens.<sup>53</sup> Auch die Versendung des Stückverzeichnis nach § 18 Abs. 3 DepotG soll dem Empfänger trotz seiner Redlichkeit nichts nützen, wenn der Kommissionär nicht Eigentümer bzw. zumindest verfügungsbefugt ist.<sup>54</sup> Angesichts anderer Möglichkeiten, wie einer antizipierten Einigung mit Vereinbarung eines vorweggenommenen Besitzkonstitutes,<sup>55</sup> dem In-Sich-Geschäft der Bank,<sup>56</sup> nicht zuletzt eines redlichen Erwerbs bei späterer Übergabe,<sup>57</sup> drängt sich die Frage nach der Systemgerechtigkeit der Lösung auf. So spielt die grundsätzliche Unzulässigkeit redlichen Erwerbs bei Eintragung des Übertragungsvermerks im Verwahrungsbuch des Kommissionärs gemäß § 24 Abs. 2 S. 1 DepotG<sup>58</sup> in aller Regel deshalb keine Rolle, weil das

---

Rdn. 103; *Flume*, AcP 161, 395; *Münzel*, NJW 1961, 1233ff.; *Grunsky*, NJW 1969, 497; *Henke*, AcP 161, 1ff.; wohl auch *Berg*, JuS 1972, 323; a. A. OLG Hamburg MDR 1958, 860, 861; insbesondere *Baur*, § 55 C II 2a mwN.; ferner etwa *Erman/Ronke*, § 1257, 3; *StudK/Wolf*, § 1257, 2; *MünchKomm/Damrau*, § 1257, 3; *RGRK/Kregel*, § 1257, 2; *Staudinger/Riedel*<sup>11</sup>, § 647, 2; *Staudinger/Wiegand*, § 1257, 14; *GroßKomm/Canaris*, § 366, 78; *Düringer/Hachenburg/Höniger*, vor § 368, 122; *Wolff/Raiser*, § 163 III 2; *Esser/Weyers*, § 33 III 1; *Serick*, I S. 224ff.; *Kunig*, JR 1976, 13f.; skeptisch *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 592, 594; weitere Nachw. zur Gegenmeinung auch bei BGHZ 27, 317, 323f.; unentschieden *Westermann*, § 133 I.

<sup>52</sup> Vgl. etwa BGHZ 68, 323, 324ff.; BGH NJW 1981, 226, 227.

<sup>53</sup> Für die §§ 1075, 1287 BGB vgl. z. B. *Planck/Flad*, § 1287, 1; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d = S. 271; *MünchKomm/Damrau*, § 1287, 9; *Staudinger/Gursky*, § 892, 67; *Staudinger/Riedel/Wiegand*, § 1287, 4; *Rosenberg*, § 892 II 3b; *Wolff/Raiser*, § 45 I 3b; v. *Tuhr*, II 1 S. 167 Fn. 142; a. A. *Hachenburg*, Vorträge S. 180; *Düringer/Hachenburg/Höniger*, vor § 368, 109; für § 848 Abs. 2 ZPO z. B. *Staudinger/Gursky*, § 892, 73; *RGRK/Augustin*, § 892, 45. Für redlichen Erwerb im Rahmen der §§ 1370, 2019, 2041, 2111 BGB v. *Tuhr*, II 1 S. 166f. Die zumeist zitierte Entscheidung RG Gruchot 57, 1087, 1092 = RG WarnR 1913 Nr. 390 stützt die herrschende Ansicht allerdings nicht; im Fall des RG war der Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks (nicht wirksam) gepfändet. Damit konnte auch die Sicherungshypothek nach § 848 Abs. 2 S. 2 ZPO nicht entstehen. Dies und nicht ein (hier ja gar nicht stattfindender) Übergang kraft Gesetzes gab also den Ausschlag.

<sup>54</sup> *Opitz*, § 18, 8; *Heinsius/Horn/Than*, § 18, 37, 54; *Klein*, BuB 7/136; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 132; *Quassowski/Schröder*, § 18, 17; *Schönle*, § 18 IV 1b; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1972; *Baumbach/Duden/Hopt*, DepotG § 18, 1.

<sup>55</sup> *Heinsius/Horn/Than*, § 18, 45; *Schönle*, § 18 IV 2c; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1977.

<sup>56</sup> RGZ 39, 114, 116ff.; 52, 130, 132f.; 116, 198, 202ff.; *Opitz*, § 18, 8; *Heinsius/Horn/Than*, § 18, 45; *Schönle*, § 18 IV 2b; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 140; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1977 mwN.

<sup>57</sup> *Opitz*, § 18, 8; *Schönle*, § 18 IV 1b; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 132; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1972.

<sup>58</sup> *Opitz*, § 24, 4; *Heinsius/Horn/Than*, § 24, 26; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1994; *Kümpel*, BuB 8/73; wohl auch *Staudinger/Huber*, § 747, 75.

Eigentum schon vorher übergegangen sein wird, weswegen der Erwerber bei diesem Geschäft nach den Redlichkeitsvorschriften geschützt ist.<sup>59</sup>

War in den bisher geschilderten Fällen wenigstens der Ausgangspunkt noch weitgehend akzeptiert, wenngleich die Durchbrechungen dominierten, so wird die durchgängige Basis bei Erwerb eines Anspruchs endgültig verlassen, bei dem (analog) § 401 BGB die Vormerkung mit übergeht;<sup>60</sup> hier halten sich Befürworter<sup>61</sup> wie Gegner<sup>62</sup> des Verkehrsschutzes bereits annähernd die Waage. Bei der Ablösung einer hypothekarisch gesicherten Schuld durch den mit dem persönlich Verpflichteten nicht identischen Eigentümer und dem daran geknüpften Übergang des Grundpfandrechts gemäß den §§ 1143 Abs. 1, 1153 BGB dominieren schon diejenigen, die redlichen Erwerb billigen wollen.<sup>63</sup>

Vollends unklar wird die Lage, wenn man § 1153 BGB und § 1250 BGB kontrastiert. Beide Normen sind, von hier nicht interessierenden Details abgesehen, identisch strukturiert: Im Interesse des Verkehrs können die Forderung und das sie sichernde Recht nicht getrennt werden. Und doch ist redlicher Erwerb einer Hypothek möglich,<sup>64</sup> wäre § 1155 BGB ansonsten ja überflüssig, während bei Zession

<sup>59</sup> MünchKomm/K. Schmidt, § 747, 18; Heinsius/Horn/Than, § 24, 39; Schlegelberger/Helfferich, Anhang § 406, 327; Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 1994 iVm. 2026 ff.; Koller, DB 1972, 1858 ff.; kritisch, im Ergebnis – was die Möglichkeit redlichen Erwerbs angeht – aber zustimmend, Staudinger/Huber, § 747, 75, der jedoch darauf hinweist, daß es sich um ein nicht zweifelsfreies Vorgehen handelt.

<sup>60</sup> Vgl. statt aller BGHZ 25, 16, 23; MünchKomm/Roth, § 401, 7 mwN.

<sup>61</sup> BGHZ 25, 16, 23 (soweit der Ersterwerb wegen Unredlichkeit des Empfängers gescheitert sei); vgl. ferner etwa Jauernig, § 883, 6b bb; Erman/Hagen, § 883, 28; AK/B. v. Schweinitz, § 885, 26; MünchKomm/Wacke, § 883, 66; RGRK/Augustin, § 883, 19; Westermann/Eickmann, § 101 IV 4; Heck, Sachenrecht § 47 III 10; E. Wolf, Sachenrecht § 13 C II b; Harms, Sachenrecht S. 300 f.; Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht Rdn. 633; Wunner, NJW 1969, 116 f.; Kempf, JuS 1961, 24; Furtner, NJW 1963, 1485; Weirich, Grundstücksrecht Rdn. 427; Dannecker, MittBayNotV 1979, 144; weitere Nachw. bei Staudinger/Gursky, § 892, 46.

<sup>62</sup> Vgl. etwa Palandt/Bassenge, § 885, 5b; Soergel/Baur, § 883, 44; § 893, 6; Staudinger/Gursky, § 892, 47; weitere Nachw. in § 892, 46; Baur, § 20 V 1b, VI 2b; Schwab, Sachenrecht § 15 VII; M. Wolf, Sachenrecht Rdn. 372; K. Müller, Rdn. 1161; Medicus, AcP 163, 8 f.; ders., Bürgerliches Recht Rdn. 557; Knöpfle, JuS 1981, 166; Kupisch, JZ 1977, 493; Zärban, Vormerkung S. 28. Wegen des Fehlens eines Publizitätsaktes lehnen redlichen Erwerb ab Reinicke, NJW 1964, 2378; Canaris, Systemdenken S. 104; ders., JuS 1969, 84; ders., Festschrift für Flume I S. 389; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 18 f.; Tempel, JuS 1965, 28.

<sup>63</sup> Jauernig, § 1143, 2a; Rosenberg, § 892 II 3b; Baur, § 38 IX 4; Westermann/Eickmann, § 122 V 2; im Ergebnis auch Staudinger/Gursky, § 892, 68; ebenso für § 1150 BGB Jauernig, § 1150, 3a; Erman/Räfle, § 1150, 5; MünchKomm/Eickmann, § 1150, 29; Rosenberg, § 892 II 3b; ebenso für § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB Rosenberg, § 892 II 3b; Baur, § 38 IX 4; Westermann/Eickmann, § 122 V 2; Bilow, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 504; a. A. für alle diese Fälle z. B. RGRK/Augustin, § 892, 38; v. Tuhr, II 1 S. 166 f. (kein Rechtsgeschäft); vgl. auch unten § 5 V 2b mit Fn. 253. – BayObLGZ 1928, 65, 67 ist vom Ergebnis, wenn auch nicht von der Begründung her richtig; dem Eigentümer war nach Bezahlung der zweitrangigen Hypothek das Aufrücken zur erstrangigen Grundschuld unentgeltlich zugefallen.

<sup>64</sup> Die Forderung möge bestehen, § 1138 BGB also keine Rolle spielen.

einer Forderung, für die ein Pfand bestellt ist, die h.M. umgekehrt entscheidet.<sup>65</sup> Endgültig verlieren die Kategorien ihre Trennschärfe. Es ist Symptom dieser Aporie, wenn man offen zugibt, beim Zweiterwerb einer Vormerkung lasse sich aus der Klassifizierung des Übergangs nichts entnehmen, was für oder gegen die Zulässigkeit des redlichen Erwerbs spreche.<sup>66</sup> Spätestens damit hat der bloße Hinweis auf Wortlaut wie Systematik des Gesetzes seine Überzeugungskraft eingebüßt.

### 3. Die Untauglichkeit der These

Zweifel am Sinn einer rigiden Trennung zwischen rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Erwerb hat es denn auch immer gegeben – sie sind im Ergebnis nur allzu angebracht. Das Postulat, es müsse eine vertragliche Einigung zwischen dem Nichtberechtigten und dem Erwerber vorausgegangen sein, verfehlt den wertungsmäßig grundlegenden Gesichtspunkt.

#### a) Die Entstehungsgeschichte

Schon die Entstehungsgeschichte bleibt unergiebig, wollte man sie dazu verwenden, den Wortlaut etwa des § 892 BGB, die systematische Stellung der §§ 932 ff. BGB und die darauf basierende h.M. zu rechtfertigen.

(1) Der Redaktor zum Entwurf des § 892 BGB spricht allerdings davon, der Schutz des guten Glaubens erstrecke sich nicht auf denjenigen Erwerb, der sich unmittelbar kraft Gesetzes vollziehe; als Begründung brauche man nur an den Erwerb derelinquirter Grundstücke, kraft Erbrechts, durch Eintritt in eine eheliche Gütergemeinschaft oder eines Nießbrauchs am Vermögen des Kindes durch die Eltern zu denken. Im allgemeinen könne man nicht davon ausgehen, daß jemand solche Vorgänge nur als Mittel zur Erwerbung etwa von Grundeigentum ansehe.<sup>67</sup> Fälle, die sich in der Folgezeit als die eigentlich problematischen herauskristallisierten – etwa der Streit beim Zweiterwerb einer Vormerkung –, sind damit weder

<sup>65</sup> Mot. III 837 = Mugdan III 467; *Jauernig*, § 1250, 1a; *Palandt/Bassenge*, § 1250, 1; *Erman/Ronke*, § 1250, 1; *Soergel/Augustin*, § 1250, 5; *AK/Reich*, §§ 1250f., 1; *RGRK/Kregel*, § 1250, 1; *MünchKomm/Damrau*, § 1250, 3; *Staudinger/Wiegand*, § 1250, 4; *Baur*, § 55 B V 3; *Wolff/Raiser*, § 170 II 1; *Flume*, II § 42 4c; *Medicus*, AcP 163, 10f.; *Reinicke*, NJW 1964, 2376ff.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 82f.; *Canaris*, Systemdenken S. 102f.; *Zarban*, Vormerkung S. 29; a.A. *Heck*, Sachenrecht § 105 V; *Westermann*, § 132 I 1b; *MünchKomm/Wacke*, § 883, 66 Fn. 201; *Eßlinger*, Erbschein S. 86 Fn. 2, da wegen der zwingenden Akzessorietät auch das zweite Geschäft zu schützen sei; unentschieden *Wunner*, NJW 1969, 118. – Selbst wenn man den Unterschied damit erklären will, bei der Hypothek finde der Übergang in den Formen des Liegenschaftsrechts statt, beim Pfandrecht unterliege er dagegen den Regeln der Zession (so z.B. *Canaris*, Systemdenken S. 103 Fn. 64), so gibt dieses Argument für die Frage, ob rechtsgeschäftliche Erklärungen vonnöten sind, nichts her.

<sup>66</sup> *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4; *Canaris*, Lücken S. 77 Fn. 59; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 557; *Rimmelpacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 629.

<sup>67</sup> *Johow*, S. 233 bei *Schubert*, III S. 357. Ein redlicher Erwerb beweglicher Sachen war vom Redaktor nicht vorgesehen (*Johow*, S. 740ff. bei *Schubert*, III S. 874ff.), so daß Ausführungen über den Umfang naturgemäß fehlen.

erfaßt noch gar erklärt. So leitet denn auch der Redaktor etwas abrupt zum ausschlaggebenden, mit dem Übergang per Gesetz aber nicht notwendig korrelierenden Gesichtspunkt über: Der Erwerb wäre eine entscheidende Härte gegen die aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Berechtigten,<sup>68</sup> eine Härte, so wird man zu ergänzen haben, die in diesen Fällen durch schutzwürdige Belange des Erwerbers nicht legitimiert ist.<sup>69</sup>

(2) Motive wie Protokolle zu § 892 BGB wiederholen den Standpunkt des Redaktors ohne weitere Vertiefung. Die übrigen Ausführungen beschränken sich auf die Erläuterung, daß und warum auch unentgeltlicher Erwerb wirksam, wenn auch schuldrechtlich rückabzuwickeln sei,<sup>70</sup> sowie auf die Abgrenzung zu Akten der Zwangsvollstreckung.<sup>71</sup>

Auch in den Motiven und Protokollen zu den §§ 932 ff. BGB wird die Frage, warum und inwieweit nur rechtsgeschäftlicher Erwerb dem Redlichkeitsschutz unterstehe, nicht im Detail recherchiert; als so selbstverständlich galt die Voraussetzung.<sup>72</sup> Stellung bezog man allerdings für das gesetzliche Pfandrecht. Es sei kein Bedürfnis zu erkennen, den Erwerber zu begünstigen, wenn sein Partner nicht Eigentümer gewesen sei; der Grundsatz „Hand wahre Hand“ sei nicht auszubauen.<sup>73</sup> Man beschied sich demgemäß mit diesem Teilaspekt, ohne ihn freilich teleologisch zu untermauern. So räumen die Motive ausdrücklich ein, die Entstehung gesetzlicher Pfandrechte sei zumeist auf Willensakte des Betroffenen zurückzuführen, ja bisweilen auch durch eine stillschweigende Willenserklärung begründet.<sup>74</sup> Die Differenzierung – obgleich entscheidend – blieb offen; angesichts der Verwandtschaft der Entstehungstatbestände fehlt die Begründung, was es denn erlau-

<sup>68</sup> *Johow*, S. 233 bei *Schubert*, III S. 357.

<sup>69</sup> Schwerlich überzeugend ist das weitere Argument, der Erbe habe keinen Anspruch auf die Wirkung der Publizität, da er nicht als Dritter angesehen werden könne. Er stelle mit dem Erblasser eine Person dar; die Rechtsverhältnisse, in welchen jener gestanden sei, erlitten mit dem Übergang grundsätzlich keine Änderung zum Nachteil anderer Personen (*Johow*, S. 233 bei *Schubert*, III S. 357). Ursprünglich auch bei der Ersitzung als maßgeblich angesehen (*Johow*, S. 790 f. bei *Schubert*, III S. 924 f.), hat sich diese Sicht in der modernen Dogmatik nicht durchgesetzt: Der Erbe kann etwa ersitzen, auch wenn der Erblasser Fremdbesitzer war (vgl. statt aller *Staudinger/Wiegand*, § 943, 5). Ein Rechtsgrund für den Besitz ist nicht erforderlich (vgl. statt aller *Baur*, § 53 h II 1 a). Damit wird das Argument auch beim redlichen Erwerb fragwürdig – ganz abgesehen davon, daß es in anderen Fällen, etwa bei § 647 BGB, von vornherein nicht greift.

<sup>70</sup> Mot. III 212 = Mugdan III 117; Prot. III 82 ff. = 3431 ff. = Mugdan III 540 f.

<sup>71</sup> Prot. III 77 ff. = 3431 ff. = Mugdan III 539 ff.

<sup>72</sup> Vgl. etwa Mot. III 344 = Mugdan III 191: Der Irrtum des Erwerbers über das Vorliegen sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse kann durch seinen guten Glauben nicht gedeckt werden.

<sup>73</sup> Mot. II 405 = Mugdan II 226; ähnlich die Denkschrift zum HGB S. 100: An der Möglichkeit redlichen Erwerbs gesetzlicher Pfandrechte sei im Handelsrecht anders als im Bürgerlichen Recht festzuhalten. *Frohn*, AcP 161, 43 bemerkt, daß dabei auf die Besonderheit gesetzlicher Besitzpfandrechte nicht eingegangen worden sei.

<sup>74</sup> Mot. III 797 = Mugdan III 444.



ben könne, das gesetzliche Pfandrecht vom Schutz der Redlichkeitsnormen abzukoppeln. Soweit die Entstehungsgeschichte das Postulat des Rechtsgeschäfts überhaupt problematisiert, bleibt der Ertrag mangels präziser Nachforschung mithin gering.

b) Die Unmöglichkeit einer strikten Trennung zwischen rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Erwerb

Dabei wäre die Beobachtung der Motive, ein Pfandrecht des Unternehmers werde bisweilen schon durch konkludente Erklärungen begründet, näherer Vertiefung durchaus wert gewesen, da sie das Dogma der h.M. in höchst aufschlußreicher Weise in Frage stellt. Meist unausgesprochene Prämisse dieser h.M. ist es, daß sich die beiden Erwerbsarten – hier rechtsgeschäftlicher, dort gesetzlicher Übergang – säuberlich trennen ließen,<sup>75</sup> etwa das Pfandrecht nach § 647 BGB völlig unabhängig vom Willen der Parteien entstehe.<sup>76</sup> Damit behaupte der Verpflichtete weder ausdrücklich noch schlüssig, Eigentümer bzw. Berechtigter zu sein;<sup>77</sup> die Voraussetzungen der Entstehung bestimmten sich dementsprechend rein nach den schuldrechtlichen Normen.<sup>78</sup> Redlicher Erwerb komme nur in Betracht, soweit der Übergang des Rechts von den Willenserklärungen unmittelbar umfaßt sei, sich der Parteiwille präzise auf das betroffene Recht erstrecke.<sup>79</sup> Das ist beileibe nicht undifferenziert der Fall.

(1) Hinreichend oft hat man auf die Funktion dispositiver Normen wie derjenigen des § 647 BGB hingewiesen: Sie sollen die vertragliche Vereinbarung entlasten, legen sie doch nur das nieder, was Parteien regelmäßig vereinbaren,<sup>80</sup> ja was sich, auch ohne ausdrückliche Absprache, dem Rechtsgeschäft durch ergänzende Auslegung entnehmen läßt.<sup>81</sup> Wer eine konkludente Verpfändung verneint, weil der Be-

<sup>75</sup> BGHZ 34, 153, 158; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 165.

<sup>76</sup> So BGHZ 34, 153, 158; OLG Köln NJW 1968, 304; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 165; *Henke*, AcP 161, 24; *Müller-Laupe*, JZ 1983, 808; ebenso z. B. AK/L. v. *Schweinitz*, §§ 892 f., 47 für den Parallelfall bei § 892 BGB; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 17 IV 2 spricht vom Vereinfachungs- und Vollständigkeitszweck des gesetzlichen Erwerbs; *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4 besteht ebenfalls auf der Basis des Übergangs im Willen der Parteien, sieht das Postulat bei § 647 BGB als eingelöst an.

<sup>77</sup> *Planck/Flad*, § 1257, 3 a; *StudK/Beuthien*, § 647, 2; *Larenz*, II 1 § 53 III e; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 166; *Henke*, AcP 161, 26; *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4 als Ratio beim gesetzlichen Erwerb; ähnlich *Gaul*, AcP 173, 335: Keine Vertrauensgrundlage beim Pfändungspfandrecht; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 105 f. für den redlichen Erwerb einer Vormerkung im Verfahren der einstweiligen Verfügung.

<sup>78</sup> BGHZ 34, 153, 154; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 163; *Münzel*, NJW 1961, 1235.

<sup>79</sup> RGZ 123, 52, 55; *Staudinger/Gursky*, § 892, 64; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d; v. *Tuhr*, II 1 S. 166; a. A. *Canaris*, NJW 1986, 1489.

<sup>80</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 366, 78; *Capelle/Canaris*, § 27 II 2 a; *Canaris*, Systemdenken S. 105 f.; *ders.*, JuS 1969, 84 mit Fn. 32; *Staudinger/Wiegand*, § 1257, 13; ähnlich OLG Celle NJW 1953, 1470, 1471; ablehnend für das Unternehmerpfandrecht *Henke* AcP 161, 20.

<sup>81</sup> *Heck*, Sachenrecht § 106 II 2; vgl. auch RG WarnR 1929 Nr. 182 = S. 336, 338: Mit Vereinbarung eines Lagervertrags wird konkludent zugleich ein Pfandrecht entsprechend den

steller keinen dementsprechenden Willen äußere und der Unternehmer in der bloßen Übergabe keine Verpfändungsanfrage erblicken dürfe,<sup>82</sup> vernachlässigt den Gesamtkontext des Vertrages; er berücksichtigt nicht die beiderseitigen Interessen, sondern lediglich die Belange des Bestellers. Ob das den Grundsätzen der ergänzenden Auslegung – man hat zu untersuchen, wie die Parteien den offen gebliebenen Punkt bei redlichem Verhalten geordnet hätten<sup>83</sup> – entspricht, ist eher fraglich: Das Pfandrecht trägt dem berechtigten Anliegen des vorleistenden Unternehmers Rechnung, der sich gegen eine Insolvenz des Kunden schützen will, dient aber auch diesem, da er den Unternehmer ansonsten in vielen Fällen beispielsweise durch eine Anzahlung absichern müßte.<sup>84</sup> Davon abgesehen läßt sich schwerlich pauschal behaupten, die Parteien würden eine solche Regelung nicht treffen, wenn sie im Gesetz nicht normiert wäre, im Gegenteil: In der Praxis können die Unternehmer offensichtlich in beträchtlichem Umfang ihre Interessen durchsetzen. Es kommt nicht von ungefähr, daß nunmehr – als Reaktion auf die h. M., insbesondere die höchst-richterliche Rechtsprechung – dem § 647 BGB entsprechende, oft zugunsten der Unternehmer noch erweiterte Pfandklauseln in AGB aufgenommen werden.<sup>85</sup>

Noch schwieriger ist es, die Zession eines vorgemerkten Anspruchs zuzuordnen. Die Akzente antizipieren oft das gewünschte Ergebnis: Rechtsgeschäftlicher Erwerb,<sup>86</sup> gesetzlich vertyppte rechtsgeschäftliche Übertragung,<sup>87</sup> Erwerb der Einheit aus Anspruch und akzessorischer Vormerkung durch Rechtsgeschäft,<sup>88</sup> gesetzlicher Übergang.<sup>89</sup> Es ist zweifelsohne sinnvoller, wenn auch entlarvend für die Katego-

Bedingungen des Lagerhalters bestellt. – Paradigmatisch ist die historische Entwicklung des Pfandrechts des Vermieters an eingebrachten Sachen des Mieters; formularmäßig vereinbart, wurde es dermaßen üblich, daß man es schon im römischen Recht als *pignus tacitum* auch ohne besondere Vereinbarung gewohnheitsrechtlich anerkannte; vgl. hierzu *Wacke*, Besitzkonstitut S. 23 Fn. 66; *Kaser*, Römisches Privatrecht § 31 III 2 abb; vorsichtig *ders.*, Das römische Privatrecht S. 389 („zweifelhaft“); *Henke*, AcP 161, 18 mwN. in Fn. 96; a. A. *Münzel*, NJW 1961, 1236; sein Einwand, das Pfandrecht des Pächters entstehe unabhängig vom Eigentum des Verpächters, trifft nicht den Kern. Hier geht es um die Frage, ob eine konkludente Willenserklärung vorliegt.

<sup>82</sup> *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 165; anders im Ergebnis *ders.*, S. 18.

<sup>83</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Mayer-Maly, § 157, 39 mwN.

<sup>84</sup> Vgl. BGHZ 101, 307, 316. – Einen ähnlichen Gedanken äußert BGH NJW 1983, 2701, 2702: Nr. 19 Abs. 2 AGB der Banken (Pfandrecht) benachteilige den Kunden nicht nur, sondern biete ihm auch wichtige Vorteile. Lediglich auf diese Weise könne er etwa einen Dispositionskredit der Bank in Anspruch nehmen, ohne zunächst für die Bestellung einer Sicherheit sorgen zu müssen, selbst wenn sich bereits dafür geeignete Mittel in der Hand der Bank befänden. – Vgl. auch den Vorschlag von *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 167 und *Henke*, AcP 161, 30, der Unternehmer müsse eben einen Vorschuß verlangen.

<sup>85</sup> Vgl. etwa die Fallgestaltungen von BGHZ 68, 323 (= BGH NJW 1977, 1240); 87, 274, 275; 101, 307, 309; BGH NJW 1981, 226, 227.

<sup>86</sup> Vgl. z. B. *Wunner*, NJW 1969, 116 f.

<sup>87</sup> Vgl. z. B. *Canaris*, Systemdenken S. 104 Fn. 70 iVm. S. 103 Fn. 64; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 18; vgl. hierzu aber bei Fn. 92.

<sup>88</sup> Vgl. z. B. MünchKomm/Wacke, § 883, 66; *Westermann*, § 85 IV 4.

<sup>89</sup> *Palandt/Bassenge*, § 885, 5 b; *Soergel/Baur*, § 893, 7; *Staudinger/Gursky*, § 892, 47; *Baur*, § 20 V 1 b; *K. Müller*, Rdn. 1161; *Medicus*, AcP 163, 8 f.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 116.

rienbildung der h.M., wenn sie nicht die Konstruktion in den Vordergrund stellt, sondern das Bedürfnis nach Verkehrsfähigkeit der Vormerkung,<sup>90</sup> den Schutz des Erwerbers,<sup>91</sup> den Übergang außerhalb des Grundbuchs<sup>92</sup> oder die Voreintragung des Verfügenden.<sup>93</sup> Interessen des Verkehrs lassen sich freilich ebenso trefflich behaupten und negieren wie die Sorge für den Erwerber, ohne daß dies in ein Konzept einer Privilegierung bloß des rechtsgeschäftlichen Verkehrs passen würde.

In vergleichbarer Art sehen die zum Schutze des Kunden zwingend ausgestalteten Übertragungsmodalitäten des DepotG nur das vor, was die Parteien üblicherweise vereinbaren würden bzw. was aufgrund der Interessenlage als Wille vernünftiger Partner zu gelten hat. Vorgeblich auf rechtsgeschäftlichem Willen basierende, in Wirklichkeit mehr oder weniger ausschließlich aus den Belangen der Beteiligten ermittelte Konstruktionen<sup>94</sup> bemänteln mühsam das Defizit in der Absicherung des Kunden, das ein rigides Dogma von der Geltung der Redlichkeitsvorschriften ausschließlich bei rechtsgeschäftlicher Übereignung im Gefolge hat.

(2) Wie wenig sachgerecht die behauptete Sonderstellung des gesetzlichen Erwerbs ist, zeigt die in erster Linie durch ein obiter dictum des BGH gestützte h.M. zum Pfandrecht des Pächters gemäß § 583 BGB. Da die Vorschrift keine Beschränkung kenne, entstehe das Pfandrecht unabhängig vom guten oder bösen Glauben des Pächters an allen Inventargegenständen, mögen sie dem Verpächter gehören oder nicht.<sup>95</sup> Wie eine solch ganz und gar systemwidrige Benachteiligung des Eigentümers zu rechtfertigen sei, läßt die h.M. ungeklärt.<sup>96</sup> Die bloße Tatsache, daß der Pächter Aufwendungen hat, genügt dafür nicht. § 366 Abs. 3 HGB schützt sogar im Handelsverkehr nur gutgläubige Erwerber des Pfandrechts. Jedenfalls dieser Wertung hätte das Pächterpfandrecht zu folgen – was erneut demonstriert, wie ungeeignet das reine Wortlautargument ist.

(3) Rechtsgeschäftliche Übertragung und Übergang von Gesetzes wegen verschränken sich beim redlichen lastenfreien Erwerb. Obgleich die Willenserklärungen

<sup>90</sup> *Medicus*, AcP 163, 11; *ders.*, Bürgerliches Recht Rdn. 557; *Baur*, § 20 V 1 b; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 19.

<sup>91</sup> *Westermann*, § 85 IV 4; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 19.

<sup>92</sup> *Canaris*, Systemdenken S. 104 Fn. 70 iVm. S. 103 Fn. 64; *ders.*, Festschrift für Flume I S. 389; *Staudinger/Gursky*, § 892, 47; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 19; *K. Müller*, Rdn. 1161; *Wiegand*, JuS 1975, 213; *Tempel*, JuS 1965, 28; ablehnend *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 630f. Zu diesem Argument vgl. genauer unten § 10 II 6.

<sup>93</sup> *AK/B. v. Schweinitz*, § 883, 26; *Harms*, Sachenrecht S. 300f.; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 633.

<sup>94</sup> Vgl. oben § 5 II 2 bei Fn. 54–59.

<sup>95</sup> BGHZ 34, 153, 157; *Jauernig/Teichmann*, § 590, 1; *Erman/Schopp*, § 590, 2; *Soergel/Kummer*, §§ 586–590, 19; RGRK/*Gelhaar*, § 590, 2; *Staudinger/Emmerich*, § 590, 4; *Münzel*, NJW 1961, 1235; *Fikentscher*, § 80 II 5 a aa; *Benöhr*, ZHR 135, 153; a.A. MünchKomm/*Voelskow*, § 590, 3; MünchKomm/*Damrau*, § 1257, 3; wohl auch *Palandt/Putzo*, § 583, die nur den redlichen Erwerber schützen wollen; jeden Erwerb vom Nichtberechtigten unabhängig vom guten Glauben lehnen ab *Erman/Ronke*, § 1257, 3; *Henke*, AcP 161, 13ff., 17.

<sup>96</sup> *Henke*, AcP 161, 14.

gen lediglich die Verfügung über das Eigentum intendieren,<sup>97</sup> verknüpft das BGB mit ihnen in den §§ 892 Abs. 1 S. 2, 936 den Untergang des dinglichen Rechts – zwar Folge, mitnichten aber Inhalt des Geschäfts.<sup>98</sup> Dem Begünstigten zu unterstellen, er verständige sich mit seinem Partner zumindest hilfsweise darüber, eventuell vorhandene dingliche Rechte Dritter sollten erlöschen, wäre nicht nur eine hochgradige Fiktion, sondern müßte zumindest beim Fahrniserwerb auch Zweifel an der Redlichkeit des Erwerbers wecken: Wer dingliche Belastungen in das Geschäft einbezieht, die normalerweise seinem Vertragsgegner nicht gehören können, setzt sich geringstenfalls dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit aus. Eine These, die § 936 BGB seines Anwendungsgebietes größtenteils, wenn nicht zur Gänze, berauben würde, führt sich selbst ad absurdum.

Für die Abwicklungsansprüche aus § 816 BGB zieht denn auch die h. M. ohne weiteres Konsequenzen aus dem Befund, daß die dinglichen Lasten nicht von den Willenserklärungen der Parteien umfaßt werden. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB – eine Bestimmung, die Härten aufgrund des Gutgläubenserwerbs zu Lasten des unentgeltlichen Empfängers ausgleichen solle – müsse, um seinen Sinn zu erfüllen, alle Fälle unentgeltlichen redlichen Erwerbs abdecken, sei er durch, sei er infolge der Verfügung eingetreten.<sup>99</sup> Ein Unterschied zur Zession einer durch ein Faustpfand gesicherten Forderung ist nicht auszumachen; auch das Pfand geht, wenn schon nicht durch, so jedenfalls infolge der Verfügung auf den Zessionar über.

Nicht von ungefähr kommt man mit dem Topos des gesetzlichen Erwerbs als unvereinbar mit dem Redlichkeitsschutz abermals in arge Bedrängnis, wenn die Rechtsnachfolge von Todes wegen auf einem – von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden – Testament bzw. Erbvertrag beruht. Ohne die Verschleifung von gesetzlichem und rechtsgeschäftlichem Übergang beim redlichen lastenfreien Erwerb in den Blick zu bekommen, glaubt man, zu der Begründung Zuflucht nehmen zu können, § 892 BGB meine nur ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar die Übertragung des Grundstücks zum Gegenstand habe und bei dem sich die Erklärung direkt auf die Übertragung erstrecke. Eine letztwillige Verfügung bezwecke etwas schlechtweg

<sup>97</sup> Die Frage wird regelmäßig nur gestreift, da der eindeutige Gesetzestext eine nähere Befassung erübrigt; vgl. etwa *Baur*, § 52 VI 1 a; *Wolff/Raiser*, § 70 I 1.

<sup>98</sup> So jeweils für einen redlichen lastenfreien Erwerb nach § 892 Abs. 1 S. 2 BGB RGZ 119, 308, 311 f.; BGHZ 81, 395, 396 mit zustimmender Anm. von *Hagen*, LM Nr. 33 zu § 816 BGB; Durch eine Verfügung des Berechtigten über ein Grundstück (erlöschen) Rechte eines Dritten daran ohne ein weiteres Rechtsgeschäft infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs.

<sup>99</sup> RGZ 119, 308, 312; BGHZ 81, 395, 397 mit zustimmender Anm. von *Hagen*, LM Nr. 33 zu § 816 BGB; 91, 288, 293; *Palandt/Thomas*, § 816, 3 a; *Soergel/Mühl*, § 816, 17; *Reuter/Martinek*, § 8 II 1 b = S. 333: (Zumindest entsprechende) Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB; nicht ganz eindeutig *Staudinger/Lorenz*, § 816, 4. – Seltener behandelt wird die Parallelfraße bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB; im Ergebnis kann dort nichts Abweichendes gelten; vgl. z. B. *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 d aa = S. 292 f.

anderes, nämlich die Zuwendung eines Vermögens, die auch den Eintritt in alle Schulden nach sich ziehe.<sup>100</sup>

Das ist alles andere als überzeugend. Der Erblasser kann durchaus den Wunsch haben, daß das Liegenschaftsrecht auf seinen – gewillkürten – Erben übergeht; ist dieser mit dem gesetzlichen identisch, mag er im Vertrauen auf die ohnedies vorgeordnete Gesamtrechtsnachfolge von Todes wegen darauf verzichten, seine Intention in einem Testament nochmals niederzuschreiben. Die Zuwendung wird auch beim Erbvertrag regelmäßig Motiv sein. Zwar kontrastiert der Erbvertrag mit einem Geschäft unter Lebenden, dessen Erfüllung auf den Tod hinausgeschoben ist, in der Intensität der Bindung. Während hier der Anspruch sogleich entstanden ist, wird dort nur der Nachlaß tangiert, die grundsätzliche Verfügungsfreiheit des späteren Erblassers für Verträge unter Lebenden jedoch nicht beeinträchtigt.<sup>101</sup> Nach dem Erbfall hat die Divergenz indes ihre Funktion verloren, wenn der Erblasser von seiner Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat. Aus der konstruktiven Eigenheit, daß beim Erbvertrag nunmehr erst die Übertragung erfolgt, während das bedingte Rechtsgeschäft durch den Eintritt der Bedingung perfekt und wirksam wird, Unterschiede für die Zulässigkeit redlichen Erwerbs ableiten zu wollen, würde nicht nur formelle Abweichungen ohne hinreichende teleologische Stütze überstrapazieren, sondern verlöre die eigene Prämisse aus den Augen: Ist redlicher Erwerb verschlossen, weil und soweit der Rechtsübergang von den Parteien nicht intendiert war, so darf er dort, wo die Partner ihn anstrebten, nicht unter Berufung auf eine Konstruktion verweigert werden, die nur dem Wunsch des Erblassers Rechnung tragen will, unter Lebenden abweichend vom Erbvertrag veräußern zu können, wenn es dann doch zu keiner anderweitigen Veräußerung gekommen ist.

Der Übergang sämtlicher Aktiva einschließlich der Schulden charakterisiert nicht nur die Rechtsnachfolge von Todes wegen, sondern auch die Vermögensübernahme nach § 419 BGB, bei der indes Raum für redlichen Erwerb bleibt.<sup>102</sup> Abweichungen im Vollzug, sollten sie den Ausschlag geben, müßten unter diesem Aspekt, nicht aber demjenigen des gesetzlichen Erwerbs überprüft werden. Rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Erwerb sind also weit nachhaltiger ineinander verwoben, als die h.M. es wahrhaben will.

(4) Mit gleichartigen Problemen ist auch das Unterfangen konfrontiert, die Kategorie des Rechtsgeschäfts als Abgrenzungsmerkmal beizubehalten, jedoch um den mittelbar rechtsgeschäftlichen Erwerb zu ergänzen. Paradigmatisch ist etwa die Formulierung, das Privileg des redlichen Erwerbs zu entziehen, habe seine Ratio und

<sup>100</sup> Mot. III 214 = Mugdan III 219; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d mwN.; *Staudinger/Gursky*, § 892, 64; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 14 mwN.; *Fritsch*, JherJb 82, 255; *v. Tuhr*, II 1 S. 166; *Wacke*, Jura 1986, 436; *Eßlinger*, Erbschein S. 87 konzidiert zwar rechtsgeschäftlichen Erwerb, verneint aber das Verkehrsgeschäft.

<sup>101</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/*Musielak* vor § 2174, 9; *Staudinger/Kanzleiter*, vor § 2174, 18; ferner die Darstellung bei *Olzen*, Erbfolge S. 52 jeweils mwN.

<sup>102</sup> Vgl. dazu unten § 5 V 4b mit Fn. 350; aber auch § 6 II 3a.

immanente Schranke in der Überlegung, der gesetzliche Erwerb gehe unabhängig vom Parteiwillen vonstatten, nur insoweit fehle das Verkehrsschutzbedürfnis.<sup>103</sup> Noch weiter geht der Vorschlag, überall dort, wo ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand vorliege, trete auch der als Folge daran geknüpfte gesetzliche Übergang ein.<sup>104</sup>

Redlicher lastenfreier Erwerb mag sich mit diesen Formeln noch erklären lassen, nicht mehr dagegen der Erbvertrag. Er fußt auf dem Willen der Parteien, besitzt in der Einigung ein hinreichendes rechtsgeschäftliches Fundament. Zumindest mittelbar ist der Übergang von Vormerkung und Pfandrecht als Konsequenz der Zession der Forderung an den Entschluß der Beteiligten gekoppelt,<sup>105</sup> während andererseits Zwangsvollstreckungsmaßnahmen – in den Grenzen der §§ 894, 898 ZPO durchaus tauglich, redlichen Erwerb zu eröffnen – einen entgegengesetzten Willen des Schuldners brechen, ohne daß ein dingliches Rechtsgeschäft vorangegangen ist. Mangelndes Schutzbedürfnis des gesetzlichen Erwerbs<sup>106</sup> weist über den Parteiwillen und den Rechtsschein hinaus; die Kriterien sind damit nicht, jedenfalls nicht erschöpfend beschrieben.

### c) Der Rechtsschein

Rein formal bleibt das Argument, bei Rechtsänderungen, die kraft Gesetzes eintreten, könne das Vertrauen auf die Richtigkeit etwa des Grundbuchinhalts keine Rolle spielen.<sup>107</sup> Daß es auf konkretes Vertrauen nicht ankommt, wird noch zu zeigen sein.<sup>108</sup> Überdies stellt der Einwand das Problem auf den Kopf. Für einen ablösungsberechtigten Dritten genauso wie für den Zweiterwerber einer Vormerkung kann der Grundbuchstand durchaus entscheidend sein. Ebenso mag sich ein Werkunternehmer darauf verlassen, der Besitz – exakter die Besitzverschaffungsmacht – seines Kunden weise diesen als Eigentümer aus.<sup>109</sup> Vom Aspekt des Ver-

<sup>103</sup> Hueck/Canaris, § 12 IV 4; Canaris, NJW 1986, 1489.

<sup>104</sup> So etwa Baur, § 38 IX 4; Rimmelspacher, WM 1986, 810; das Argument wird regelmäßig aber nur bei der Ablösung dinglicher Rechte bemüht; vgl. dazu unten § 5 V 2b.

<sup>105</sup> In beiden Fällen will Baur, § 20 V 1b; § 55 B V 3 redlichen Erwerb jedoch verneinen. – Der Unterschied läßt sich auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, bei Ablösung eines dinglichen Rechts wirke § 893 Fall 1 BGB schon beim Voraustatbestand der Tilgung der dinglichen Schuld, die dem Scheinhypothekar natürlich auch nicht zusteht. An der mittelbar rechtsgeschäftlichen Basis des Erwerbs ändert sich nichts. Daß beim Pfandrecht bzw. der Vormerkung wenigstens die Forderung bestand, müßte die Position des Zessionars doch eher stärken. Auch ist die Erweiterung des Redlichkeitsschutzes bei der Ablösung nicht plausibler als bei der Zession eines angeblich durch eine Vormerkung verstärkten Anspruchs. Die Tilgung der angeblichen dinglichen Schuld würde zumindest die Zwangsvollstreckung des Scheinhypothekars verhindern, der Übergang des vermeintlichen dinglichen Rechts wäre dazu nicht nötig (vgl. z. B. Rimmelspacher, WM 1986, 810). Eine Sonderbehandlung gegenüber der Vormerkung ist insoweit nicht erforderlich.

<sup>106</sup> Canaris, NJW 1986, 1489.

<sup>107</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 50.

<sup>108</sup> Vgl. dazu unten §§ 7 III, 10 I 2b, 11 I 2.

<sup>109</sup> Vgl. etwa Westermann, § 133 I; Wolff/Raiser, § 163 III 2; Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht Rdn. 631 (für den Übergang einer Vormerkung); Frohn, AcP 161, 42f.; Berg, JuS 1970, 13; Beyerle, AcP 127, 370 für den Fall einer Fusion zweier Aktiengesellschaften.

trauens her kann es keinen Unterschied machen, ob der Werkunternehmer den Reparaturvertrag schließt – mit der ihm bekannten und von ihm intendierten Folge der Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts – oder ob er dieses Pfandrecht zusätzlich rechtsgeschäftlich vereinbart.<sup>110</sup>

d) Die Sittenwidrigkeit der zusätzlich vereinbarten rechtsgeschäftlicher Übertragung

In der Praxis ist die h.M. zu § 647 BGB von nur mehr geringer Relevanz; die Unternehmer sind weithin dazu übergegangen, Pfandklauseln in ihren AGB zu verankern. Soweit sie konnexe Forderungen sichern, hat der BGH diese Bedingungen bekanntlich als wirksam angesehen.<sup>111</sup> Einzige Funktion dieser Klauseln ist es angesichts des § 647 BGB allerdings, den Erwerb eines Pfandrechts an schuldnerfremden Sachen zu eröffnen.<sup>112</sup> Zwar kann man redlichen Vertragspartnern grundsätzlich nicht eine Auslegung unterstellen, die zur Sittenwidrigkeit der Abrede führt und damit redlichen Erwerb von vornherein sperrt.<sup>113</sup> Die Klauseln sind so auszulegen, daß das Pfandrecht an den grundsätzlich als im Eigentum des Partners stehend vorausgesetzten Gütern vereinbart wird.<sup>114</sup> Dieses Ziel zu erreichen, benötigt man die Bedingungen aber nicht, da § 647 BGB hierfür bereits Vorsorge getroffen hat: Soweit der Besteller als Berechtigter verfügt, wird das Pfandrecht ohnehin begründet. Als originärer Anwendungsbereich verbleibt ausschließlich der Erwerb des Pfandrechts an schuldnerfremden Sachen. Eine Abrede mit einer solchen Funktion

<sup>110</sup> Zum Argument, der Besitz spreche nicht für das Bestehen eines Pfandrechts – ein Gesichtspunkt, der vorwiegend bei der Zession einer gesicherten Forderung angeführt wird (vgl. etwa *Flume*, II § 42 4c) –, vgl. unten § 7 V 5b (3).

<sup>111</sup> BGH NJW 1977, 1240; 1981, 226, 227; obiter auch BGHZ 100, 95, 101; zustimmend weite Teile der Literatur; vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, vor § 1204, 7 vor a; *Erman/Seiler*, § 647, 13; MünchKomm/Soergel, § 647, 8; GroßKomm/Canaris, § 366, 78; *Brandner*, in Ulmer/Brandner/Hensen Anhang §§ 9–11, 659; *Hensen*, in Ulmer/Brandner/Hensen Anhang §§ 9 bis 11, 604; *Wolf*, in Wolf/Horn/Lindacher § 9 P 6; *Larenz*, II 1 § 53 III e; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 592; *Berg*, JuS 1978, 88; *G. Hager*, JuS 1987, 881; a. A. *Jauernig*, § 1257, 2a; *Staudinger/Gursky*, vor §§ 994 ff., 12; *Staudinger/Wiegand*, Anhang § 1257, 8; *Esser/Weyers*, § 33 III 1; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 74 ff.; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 173; *ders.*, JZ 1984, 612; *Picker*, NJW 1978, 1417; *G. Müller*, VersR 1981, 502 f.; *Müller-Laupe*, JZ 1983, 807 f.; zumindest kritisch *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 104. – BGHZ 87, 274, 279 f. hat die Klauseln auch auf die Bestellung eines Pfandrechts zur Sicherung inkonnexer Forderungen erstreckt, freilich im entschiedenen Fall die Redlichkeit verneint; ablehnend *Gursky*, JZ 1984, 612.

<sup>112</sup> So etwa *Jauernig*, § 1257, 2a; *Staudinger/Wiegand*, Anhang § 1257, 8; *Picker*, NJW 1978, 1417; *Gursky*, JZ 1984, 612; differenzierend *G. Müller*, VersR 1981, 502 f.; a. A. MünchKomm/Damrau, § 1205, 2, da mit der Klausel nur Fälle erfaßt werden sollten, in denen der Besteller zur Verfügung befugt sei; kritisch hierzu wiederum *Tiedtke*, WM 1986, 1097; *Schwerdtner*, Jura 1988, 255.

<sup>113</sup> BGHZ 86, 300, 304 f.; *J. Hager*, S. 33 ff. mwN. Das LG Wuppertal DAR 1983, 23 sah sich zu einer Reduktion der Klausel veranlaßt, da sie überraschend sei und obendrein gegen § 9 AGBG verstoße.

<sup>114</sup> BGHZ 86, 300, 305; schon früher *Ewald*, JherJb 76, 268 f.

ist sittenwidrig,<sup>115</sup> zumindest muß sich der Erwerber grobe Fahrlässigkeit vorwerfen lassen.<sup>116</sup>

Ungereimtheiten solcher Art sind nicht auf das Unternehmerpfandrecht beschränkt. Bei Aushändigung der Stücke nach fehlgeschlagener, weil vom Kommissionär als dem Nichtberechtigten erklärter Verfügung gemäß § 18 Abs. 3 DepotG wollen sich die Parteien nunmehr jedenfalls über den Eigentumswechsel verständigen; es wirkt konsequent, daß die h.M. hierin eine schlüssige Willenserklärung sieht.<sup>117</sup> Ferner scheint man den Zessionar eines – angeblich vorgemerkten – Anspruchs trotz prinzipieller Verneinung redlichen Zweiterwerbs schützen zu können, indem der Buchberechtigte ihm erneut eine Vormerkung bewilligt. Ja, es ließe sich sogar daran denken, der Zedent könnte hier als Bevollmächtigter des Eingetragenen tätig werden.<sup>118</sup> Ein entsprechender Weg böte sich auch bei Abtretung einer vermeintlich durch ein Pfandrecht gesicherten Forderung an. Doch damit beginnen schon die Zweifel. Im ersten Fall muß sich der Erwerber stets, in den beiden anderen jedenfalls dann, wenn der vorangegangene Erwerb an der fehlenden Berechtigung des die Vormerkung Bewilligenden oder das Pfandrecht Einräumenden gescheitert war, der Tatsache bewußt sein, daß die erneute Übertragung bzw. Bestellung nur den einen Sinn haben kann, die mangelnde Rechtsinhaberschaft des Vertragspartners zu überspielen. Könnte man sich dem Verdikt der Sittenwidrigkeit schon kaum entziehen, wenn die Konstruktionen ganz oder beinahe ausschließlich einem solchen Ziel dienen,<sup>119</sup> so wäre jedenfalls bei beweglichen Sachen Unredlichkeit nur schwer zu verneinen. Bei Abtretung einer gesicherten Forderung kommt hinzu, daß der redliche Erwerb dazu dient, Fehler des vorangegangenen Geschäfts abzuschneiden<sup>120</sup> – eine Intention, die durch die Notwendigkeit der Teilnahme früherer Partner am neuen Vertrag konterkariert werden könnte.

e) Die im Gesetz vorgesehene Ausnahme – § 366 Abs. 3 HGB

Lassen sich schon generell rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Erwerb nicht säuberlich scheiden, so durchbricht das Gesetz ausdrücklich die angebliche Regel,

<sup>115</sup> BGHZ 17, 1, 5 f.; 86, 300, 304; BGH NJW 1963, 2222 jeweils zu § 50a ADSP; speziell zu § 647 BGB *Jauernig*, § 1257, 2 a; *Staudinger/Gursky*, vor §§ 994 ff., 12 (Gesetzesumgehung); *Staudinger/Wiegand*, Anhang § 1257, 8; *Picker*, NJW 1978, 1417; *G. Müller*, VersR 1981, 502 f.; *Gursky*, JZ 1984, 612; im Ergebnis auch *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 78 f.; unentschieden *Schwerdtner*, Jura 1988, 255 f.; a. A. BGHZ 87, 274, 279 f. ohne nähere Diskussion. – Das mag bei individuellen Abreden anders sein (vgl. BGHZ 86, 300, 306; BGH NJW 1963, 2222, 2223); solche liegen etwa bei Reparaturen regelmäßig nicht vor.

<sup>116</sup> Vgl. BGHZ 17, 1, 6.

<sup>117</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 59.

<sup>118</sup> So z. B. *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 389.

<sup>119</sup> Allenfalls deshalb, weil es bei der Vormerkung um eine einseitige Willenserklärung geht und ansonsten auch redlicher Erwerb abgelehnt werden müßte, wenn der Bewilligende um seine fehlende Berechtigung weiß. Materiell besteht indes praktisch kein Unterschied zu den Fällen der Begründung eines dinglichen Rechts nach § 873 BGB. Schadet dort beiderseitige Kenntnis von der fehlenden Berechtigung, so muß dies auch im Rahmen des § 885 Abs. 1 BGB so sein.

<sup>120</sup> Vgl. dazu unten § 7 I 2 b.



der Redlichkeitsschutz sei auf rechtsgeschäftlichen Übergang beschränkt. § 366 Abs. 3 HGB bezieht auch das gesetzlich begründete Pfandrecht der dort genannten Kaufleute mit ein. Diese Erkenntnis ins BGB zu übertragen und § 1207 BGB analog anzuwenden, liegt nahe. Wer die Funktion des § 366 Abs. 3 HGB lediglich in einer Erweiterung der Normen redlichen Erwerbs über fehlendes Eigentum hinaus auch auf mangelnde Verfügungsbefugnis sieht,<sup>121</sup> für den ist die Ableitung sogar zwingend. Nicht umsonst wehrt sich die h. M. mit allen Mitteln gegen eine solche Folgerung und bemüht dafür neben dem Gegenschuß zu § 1257 BGB, einer Norm, die nur vom entstandenen Pfandrecht spreche,<sup>122</sup> die Sonderstellung des Handelsrechts.<sup>123</sup>

(1) Beide Argumente gehen am entscheidenden Punkt vorbei. Der Wortlaut des § 1257 BGB wird einesteils allzusehr beansprucht: Auch § 366 Abs. 3 HGB spricht vom erworbenen Pfandrecht, obgleich er seine Begründung im Auge hat und daher nur ein zu erwerbendes Pfandrecht meinen kann – eine sprachliche Unschärfe, derentwegen man auch die Formulierung des § 1257 BGB nicht auf die Goldwaage legen sollte. Auf der anderen Seite ist es ebenso eindeutig wie trivial, gestattet aber keine weitergehende Deduktion, daß nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 1204 ff. BGB, damit auch des § 1207 BGB erfüllt zu sein brauchen. Das Pfandrecht entsteht von Gesetzes wegen; welchen Sinn sollte eine Verweisung auf seine rechtsgeschäftliche Begründung noch haben, zumal da das Erfordernis der Besitz-erlangung in § 647 BGB ausdrücklich geregelt ist? Würde § 1257 BGB pauschal die §§ 1204 ff. BGB zitieren, so wäre das ein überflüssiger, wenn nicht teilweise unmöglicher Bezug, der der Entstehung unabhängig vom konkret und ausdrücklich geäußerten Parteiwillen widerspricht.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> So etwa MünchKomm/Damrau, § 1257, 3; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 366, 44; GroßKomm/Canaris, § 366, 78; *Capelle/Canaris*, § 27 II 2a, 3a; *K. Schmidt*, Handelsrecht § 22 II 2b; *Baur*, § 55 C II 2a; *Wolff/Raiser*, § 163 III 2; bloße Analogie zu § 366 Abs. 3 HGB vertreten *Staudinger/Wiegand*, § 1257, 14; *RGRK/Kregel*, § 1257, 2; *Westermann*, § 133 I; *Kunig*, JR 1976, 13f.; *Schwerdtner*, Jura 1988, 254; a. A. BGHZ 34, 153, 156 (dort auf S. 155 weitere Nachw. zu Befürwortern redlichen Erwerbs); *StudK/Beuthien*, § 647, 2; *Planck/Flad*, § 1257, 3a; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 86; *Frohn*, AcP 161, 32ff.; *Münzel*, MDR 1952, 645; *ders.*, NJW 1961, 1236. – Es dürfte indes weniger um eine analoge Anwendung des § 366 Abs. 3 HGB gehen als um die aus der Vorschrift gewonnene Erkenntnis, daß gesetzlicher Erwerb Redlichkeitsschutz nicht ausschließt. § 366 Abs. 3 HGB analog ist erst thematisiert, wenn man den guten Glauben an die Ermächtigung auch im BGB schützen will (vgl. GroßKomm/Canaris, § 366, 80).

<sup>122</sup> BGHZ 34, 153, 154f.; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 163; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 86 jeweils unter Berufung auf Mot. II 405 (siehe dazu oben Fn. 73); ebenso im Ergebnis OLG Köln NJW 1968, 304; *Planck/Flad*, § 1257, 3a; *Larenz*, II 1 § 53 IIIe; *Gerhardt*, Mobilarsachenrecht § 17 = S. 172; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 104; auch *Schwerdtner*, Jura 1988, 254, der ansonsten der Möglichkeit redlichen Erwerbs zuzuneigen scheint.

<sup>123</sup> BGHZ 34, 153, 156; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 167; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 86; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 104; vgl. hierzu auch die Denkschrift zum HGB S. 100 und dazu oben Fn. 73.

<sup>124</sup> *Capelle/Canaris*, § 27 II 3a; vgl. auch *Münzel*, NJW 1961, 1235; *Berg*, JuS 1970, 13.

(2) In Wirklichkeit ist das Problem in § 1257 BGB nicht geregelt; die Voraussetzungen der Pfandrechtsentstehung bleiben offen. Man müßte schon den Gegenschluß zu § 366 Abs. 3 HGB ziehen: Da dort der gute Glaube privilegiert sei, § 1257 BGB in dieser Hinsicht aber schweige, verbiete er implizit den Erwerb vom Nichtberechtigten. § 366 Abs. 3 HGB als eine nicht verallgemeinerungsfähige Spezialregel des Handelsrechts zu kennzeichnen, entpuppt sich spätestens dann als fiktiv, wenn man die §§ 1153 ff. BGB ins Kalkül einbezieht.<sup>125</sup> Obgleich dort nur die Forderung zediert wird,<sup>126</sup> die die Hypothek von Gesetzes wegen mitzieht,<sup>127</sup> ist der Zessionar in einem geradezu klassischen Fall nicht abdingbaren gesetzlichen Erwerbs geschützt, auch wenn sein Partner nur Scheinhypothekar war.

#### f) Die Kollision mit Wertungen des Gesetzes

Nicht zuletzt kollidiert eine solche formal nach Art des Erwerbs differenzierende Betrachtungsweise mit Wertungen des Gesetzes selbst.

(1) So räumt § 648 Abs. 1 BGB dem Bauunternehmer nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek ein; ihn durchzusetzen, muß der Gläubiger notfalls die Gerichte bemühen. Diese, verglichen mit dem gesetzlichen Erwerb des Pfandrechts nach § 647 BGB deutlich schwächer ausgeprägte Absicherung erwiese sich als bedeutsame Stärkung, geradezu als Glücksfall, wenn der Buchberechtigte den Auftrag erteilt und in Erfüllung seiner obligatorischen Pflicht die Hypothek bewilligt hatte. Redlicher Erwerb wäre, da aufgrund eines Rechtsge-

---

<sup>125</sup> *Capelle/Canaris*, § 27 II 2a; *Canaris*, NJW 1986, 1488; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 628; *ders.*, WM 1986, 810. Daß der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis im Fall der §§ 397, 410, 421, 440 HGB genügt (BGHZ 34, 153, 156), ist sicherlich richtig, sagt aber entgegen dem BGH nicht, daß es im bürgerlichen Recht mit dem guten Glauben bezüglich des Eigentums nicht genauso sei.

<sup>126</sup> In allen Fällen des § 1154 BGB wird die gesicherte Forderung zediert und nicht die Hypothek gemäß § 873 BGB übertragen. Vgl. für § 1154 Abs. 1 BGB etwa RGZ 135, 357, 362; *Palandt/Bassenge*, § 1154, 2a; *StudK/M. Wolf*, § 1154, 2a; *RGRK/Mattem*, § 1154, 2; *Staudinger/Scherübl*, § 1154, 3 (anders *ders.*, § 1154, 4); *Baur*, § 38 I 2; unklar *Soergel/Baur*, § 1154, 4, der für den Abtretungsvertrag auf § 873 BGB verweist; unklar auch *Jauernig*, § 1154, 1, demzufolge die Zession abweichend von § 398 BGB in eine sachenrechtliche Form gekleidet ist; *ders.*, § 1154, 2a verweist wieder auf § 398 BGB; *Erman/Räffle*, § 1154, 2 mit Hinweis auf § 873 BGB; *ders.*, § 1154, 3 mit Zitat von § 398 BGB; für § 1154 Abs. 2 BGB RGZ 54, 146; *RGRK/Mattem*, § 1154, 21; *Staudinger/Scherübl*, § 1154, 24; für § 1154 Abs. 3 BGB z. B. *Palandt/Bassenge*, § 1154, 3; *Erman/Räffle*, § 1154, 10; *Staudinger/Scherübl*, § 1154, 47; *MünchKomm/Eickmann*, § 1154, 26, der der Ansicht ist, daß für diese Zession § 892 BGB gelte (?); unklar *Soergel/Baur*, § 1154, 30, der davon spricht, Einigung und Eintragung seien für Übergang von Forderung und Hypothek nötig; *KEHE/Ertl*, § 26, 19, der parallel die Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB und die vertragliche Vereinbarung gemäß § 398 BGB erwähnt; a. A. *Zárban*, Vormerkung S. 24 ff., 27; sein Argument, wegen der Untrennbarkeit gemäß § 1153 Abs. 2 BGB würden Forderung wie Hypothek rechtsgeschäftlich übertragen, müßte bei allen streng akzessorischen Rechten gelten.

<sup>127</sup> Auch das ist unstreitig; vgl. etwa *MünchKomm/Eickmann*, § 1153, 3; *Soergel/Baur*, § 1153, 1; *Staudinger/Scherübl*, § 1153, 5; *Heck*, Sachenrecht § 96, 2, 3, der freilich § 1153 Abs. 2 BGB als dispositives Recht auffaßt.

schäfts in Vollzug eines obligatorischen Anspruchs, möglich.<sup>128</sup> Man mag § 648 BGB für eine wenig gelungene Vorschrift halten,<sup>129</sup> an der gesetzgeberischen Wertung, die Position des Bauunternehmers schwächer auszuformen als die eines sonstigen Unternehmers, der eine bewegliche Sache herstellt bzw. repariert, dürfte nicht vorbeizukommen sein.<sup>130</sup> Insbesondere fehlt jedoch jeder Anhaltspunkt dafür, dieser reduzierte Schutz solle ausgerechnet durch die Zulassung redlichen Erwerbs kompensiert werden; will man nicht Wertungswidersprüche provozieren, so muß er erst recht bei § 647 BGB möglich sein.

(2) Ungereimtheiten beschwört die h.M. auch bei Zession eines – etwa durch ein Faustpfand – gesicherten Anspruchs herauf. Gehen Sicherheiten selbständig über, so gilt das auch für ihre obligatorische Vorstufe, also die Pflicht zur Bestellung.<sup>131</sup> Der Zessionar stünde demgemäß besser, wenn dem Zedenten das die Forderung sichernde Pfandrecht dinglich noch nicht bestellt war, sondern dies erst ihm, dem Abtretungsempfänger gegenüber geschieht. Man gerät unversehens in Konflikt mit dem Grundsatz, daß der automatische Übergang den Abtretungsempfänger begünstigen soll. Der bloße schuldrechtliche Anspruch stellt im Verhältnis dazu eine für den Erwerber weniger intensiv ausgestaltete Vorstufe dar. Daß sie den Zessionar begünstigen soll, soweit es um die Möglichkeit redlichen Erwerbs geht, ist eine nicht einsichtige Konsequenz, die zumindest eingehender, von der h.M. nicht geleisteter Begründung bedürfte und auch die Frage einbeziehen müßte, warum etwa das stärker akzessorische Pfandrecht bei Zession der Forderung nicht soll redlich erworben werden können, während es bei einem zur Sicherung übereigneten Gegenstand, zu dessen (Weiter-)Übertragung der Zedent nur schuldrechtlich verpflichtet ist,<sup>132</sup> umgekehrt sein soll. Akzessorietät ist ein Indiz für Betonung des Verkehrsschutzes, nicht für seine Reduzierung: Ihre Lockerung dient vorwiegend den Interessen des Sicherungsgebers;<sup>133</sup> eine Legitimation des redlichen Erwerbs als Ausnah-

<sup>128</sup> MünchKomm/Wacke, § 883, 70; § 892, 34 a.E.; vgl. dazu genauer § 5 V 5c; a.A. Fehl, BB 1977, 70 mit Fn. 2 mit der falschen Begründung, gemäß § 892 BGB könnten keine obligatorischen Ansprüche erworben werden. Darum geht es hier nicht; der obligatorische Anspruch entsteht per Gesetz; a.A. aber auch OLG Celle NJW 1953, 1470, 1471; Münzel, MDR 1952, 645.

<sup>129</sup> Jauernig/Schlechtriem, § 648, 1a; Palandt/Thomas, § 648, 1; Erman/Seiler, § 648, 19; Peters, NJW 1981, 2550.

<sup>130</sup> Dieser Unterschied ist denn ganz unbestritten; vgl. statt aller Jauernig/Schlechtriem, § 647, 1; Palandt/Thomas, § 648, 1; RGRK/Glanzmann, § 648, 1; MünchKomm/Soergel, § 648, 1.

<sup>131</sup> RGZ 126, 383, 384; Erman/H. P. Westermann, § 401, 2; RGRK/Weber, § 401, 11; Soergel/Zeiss, § 401, 2; a.A. Staudinger/Kaduk<sup>11</sup>, § 401, 58.

<sup>132</sup> Vgl. etwa BGH WM 1980, 670; 1986, 376 jeweils mwN. Daß regelmäßig eine solche obligatorische Pflicht besteht, ist allgemein anerkannt; die Ausnahmen, in denen sie fehlt, können hier außer acht bleiben; vgl. etwa BGHZ 42, 53, 56f.; BGH WM 1986, 670; LM Nr. 5 zu § 401 BGB.

<sup>133</sup> BGHZ 80, 228, 233f.; MünchKomm/Roth, § 401, 10; Staudinger/Kaduk<sup>11</sup>, § 401, 58.

me zu den sonst angeblich gültigen Richtlinien läßt sich daraus sinnvollerweise nicht ableiten.<sup>134</sup>

(3) Auch die dingliche Surrogation soll die Stellung des Begünstigten festigen; ohne sein Zutun, insbesondere ohne daß ein Dritter dies zu verhindern imstande ist, tritt er in die neue Stellung ein. Das angestrebte Privileg erwies sich als Bumerang, sollte im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Bestellung nicht redlich erworben werden können. Verglichen mit der schuldrechtlichen Surrogation würde die Besserstellung ins Gegenteil umschlagen. Der Gläubiger eines obligatorischen Anspruchs aus § 281 BGB oder § 816 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>135</sup> wäre etwa einem Erben gegenüber bevorzugt, der automatisch Eigentümer werden soll, wenn der Erbschaftsbesitzer einen Gegenstand mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.<sup>136</sup>

Gemäß § 1075 Abs. 1 BGB muß der Schuldner an den Nießbraucher leisten; der Gläubiger wird Eigentümer, während der Nießbraucher den Nießbrauch erwirbt. Normalerweise richtet sich bei Übereignung einer dem Schuldner nicht gehörenden Sache angesichts des § 166 Abs. 1 BGB der redliche Erwerb des Gläubigers nach der Person des Nießbrauchers als eines Stellvertreters kraft Gesetzes.<sup>137</sup> Das ist aber nur der Fall, wenn nicht der unredliche Gläubiger dem Nießbraucher eine Weisung erteilt und daher nach § 166 Abs. 2 BGB analog vom Verkehrsschutz ausgeschlossen wird.<sup>138</sup> Wenn die h. M. hier auch dem Nießbraucher den Schutz der §§ 892f., 932ff. BGB versagen will,<sup>139</sup> so schießt sie über das Ziel hinaus. Hätte nämlich der Schuld-

<sup>134</sup> Es sei die Entstehungsgeschichte etwa des § 1150 BGB ins Gedächtnis gerufen. Nach dem ursprünglichen Plan sollte der Ablösende lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung haben – mit der selbstverständlichen Konsequenz, daß redlicher Erwerb eröffnet gewesen wäre. Indem die zweite Kommission den Übergang kraft Gesetzes beschloß, wollte sie die Position des Ablösenden stärken (vgl. Prot. III 579 = 4437 = Mugdan III 818 iVm. Mot. III 727 = Mugdan III 406; dazu z. B. *Rimmelspacher*, WM 1986, 811f.).

<sup>135</sup> § 816 Abs. 1 S. 1 BGB wird von *Strauch*, Mehrheitlicher Rechtsersatz S. 114f., 217f., 222f. als Fall dinglicher Surrogation angesehen, doch zu Unrecht. Die Norm wäre angesichts des § 985 BGB weitgehend überflüssig (*Wolf*, JuS 1975, 646). Vor allem aber kollidiert eine solche Einordnung mit § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, der schon dem Wortlaut nach dieselbe Rechtsfolge vorsieht wie S. 1, aber ganz notwendig voraussetzt, daß der bisher Berechtigte seine dingliche Stellung verloren hat, da sonst Unsinniges (Herausgabe einer dem Gläubiger bereits zustehenden Stellung) postuliert würde.

<sup>136</sup> Die Beispiele sind nicht gerade häufig. Man kann etwa an den Erwerb einer dem Verkäufer nicht gehörenden Sache mit Erbschaftsmitteln durch den Erbschaftsbesitzer denken, der wegen grober Fahrlässigkeit des Erbschaftsbesitzers nicht wirksam ist, während umgekehrt der Verkäufer das Geld redlich erwirbt. Hätte hier der gutgläubige Erbe einen Anspruch lediglich aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, so könnte er erwerben. § 2019 Abs. 1 BGB, der seine Stellung stärken soll, würde nach den Prämissen der h. M. geradewegs zum umgekehrten Ergebnis führen.

<sup>137</sup> *Jauernig*, §§ 1074–1080, 2c; *Palandt/Bassenge*, § 1075, 1a; *MünchKomm/Petzoldt*, § 1075, 3; *Soergel/Baur*, § 1075, 2; ebenso für die Parallelvorschrift des § 1287 BGB etwa *Jauernig*, § 1287, 1; *Palandt/Bassenge*, § 1287, 1a aa; *Erman/Ronke*, § 1287, 2; *RGRK/Kregel*, § 1287, 1; *Staudinger/Riedel/Wiegand*, § 1287, 4.

<sup>138</sup> *Jauernig*, §§ 1074–1080, 2c; *Palandt/Bassenge*, § 1075, 3; ebenso für § 1287 BGB *Staudinger/Riedel/Wiegand*, § 1287, 4.

<sup>139</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 53.

ner überdies entgegen § 1075 Abs. 1 BGB an den Gläubiger geleistet, so hätte der Nießbraucher das Recht, die Bestellung des Nießbrauchs an der Sache selbst zu verlangen, die ihm als rechtsgeschäftliche Verfügung redlichen Erwerb vermitteln könnte.<sup>140</sup> Das wäre um so bemerkenswerter, als die Zuständigkeit des Nießbrauchers, die Sache in Empfang zu nehmen, seine Position verbessern und nicht schwächen soll.

(4) Erfüllt eine Bank die Pflichten aus dem Kommissionsgeschäft nicht, so kann der Kunde die Übereignung der gekauften Effekten einklagen. Bei fehlender Berechtigung der Bank eröffnen die §§ 894, 898 ZPO den redlichen Erwerb.<sup>141</sup> Die zur Festigung seiner Stellung konzipierten §§ 18 Abs. 3, 24 Abs. 2 S. 1 DepotG würden den Kunden belasten; ihm käme zugute, wenn die Bank versuchen sollte, sich ihrer Pflicht zu entziehen, und erst mit einem gerichtlichen Verfahren zur Vertragserfüllung gezwungen würde.

#### g) Die fehlende teleologische Absicherung

Alles in allem leuchtet die Differenzierung der h.M. – sieht man vom Wortlaut der einschlägigen Normen ab – nicht ein. Eine Untermauerung durch teleologische Gesichtspunkte wäre nötig; gerade sie bleibt die h.M. aber schuldig, im Gegenteil: Teleologische Argumente zeigen letztendlich, daß die zugrunde gelegte Dichotomie rechtsgeschäftlicher/gesetzlicher Erwerb ohne tragende Rechtfertigung bleibt, daß die soeben gezeigten Wertungswidersprüche also nicht zufällig sind, sondern einen falschen Ansatz reflektieren.

(1) Dabei sei der Ausgangspunkt der h.M. gar nicht bestritten. Der Übergang kraft Gesetzes kann Indiz dafür sein, daß der Erwerber nicht geschützt zu werden braucht. Evident ist das etwa bei Rechtsnachfolge von Todes wegen; die Interessen des Erben haben denen des bisher Berechtigten zu weichen. Das Ergebnis ist schon deshalb zwingend, weil ein Vermächtnisnehmer, der die Sache unentgeltlich erwirbt, diese nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB wieder an den früheren Eigentümer herauszugeben hat.<sup>142</sup>

(2) So einfach liegen nicht alle Fälle gesetzlichen Erwerbs. Schon dispositives Recht kann darauf hindeuten, daß der Gesetzgeber den Erwerber begünstigen will. Demgemäß ist es vom Ergebnis her nicht bestritten, daß der Werkunternehmer Schutz verdient. Er leistet vor, erhöht regelmäßig den Wert der Sache und wäre

<sup>140</sup> Palandt/Bassenge, § 1075, 1b; Erman/Ronke, § 1075, 1; MünchKomm/Petzoldt, § 1075, 2; RGRK/Rothe, § 1075, 3; Staudinger/Promberger, § 1075, 13; Westermann, § 140, 4a; Wolff/Raiser, § 121 I 2, die Ansprüche gegen den Gläubiger wahlweise neben der ursprünglichen Forderung gegen den Schuldner geben; a.A. Staudinger/Riedel/Wiegand, § 1287, 8: Anspruch nur gegen den Schuldner, da die Übereignung dem Pfandgläubiger gegenüber relativ unwirksam sei.

<sup>141</sup> Vgl. dazu im einzelnen unten § 5 V 5 a.

<sup>142</sup> Das ist weitgehend unstrittig; vgl. Erman/Hagen, § 892, 9; Soergel/Baur, § 892, 18; Soergel/M. Wolf, § 2174, 1; Wacke, Jura 1986, 437. GroßKomm/Canaris, § 367, 15 will das Verkehrsgeschäft verneinen.

doch bei Insolvenz des Bestellers ohne Sicherheit.<sup>143</sup> Die Vereinbarung eines Pfandrechts kompensiert sein Risiko. Konsequenterweise suchen denn auch Rechtsprechung<sup>144</sup> und die mit ihr übereinstimmend den redlichen Erwerb ablehnenden Autoren<sup>145</sup> einen Ausweg aus der freilich selbstgeschaffenen Aporie durch Anwendung der §§ 994, 1000 BGB. Ohne dogmatische Verrenkungen geht das nicht ab; man muß zumindest die Vindikationslage über die Figur des Nicht-mehr-Berechtigten erst konstruieren.<sup>146</sup> Mehr als ein Schönheitsfehler sind die Defizite im Schutzbereich: Erfüllt der Besteller seinem Verkäufer gegenüber die Zahlungspflicht, liegt auf keinen Fall ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vor. Der enge Verwendungsbegriff erlaubt es nicht, alle Leistungen des Unternehmers einzubeziehen; schließlich ist es einfacher, ein Pfandrecht zu verwerten, als nach § 1003 BGB vorzugehen. Wenn sich der BGH nunmehr all dieser Argumente bedient, um die Vereinbarung eines vertraglichen Pfandrechts in AGB zu rechtfertigen,<sup>147</sup> so hätte er sich deutlicher von

<sup>143</sup> Vgl. z. B. MünchKomm/Soergel, § 647, 1; Soergel/Mühl, § 647, 1; vor §§ 994–1003, 10; RGRK/Glanzmann, § 647, 1; GroßKomm/Canaris, § 366, 78; Esser/Weyers, § 33 III 1; Henke, AcP 161, 4; Kunig, JR 1976, 14; die Schutzbedürftigkeit des Unternehmers verneinen z. B. Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 172; Münzel, NJW 1961, 1381 (dessen Argument, daß der Besteller dem Eigentümer gegenüber zur Tragung der Kosten verpflichtet sei, jedoch nichts darüber besagt, wer das Risiko im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Eigentümer tragen soll).

<sup>144</sup> BGHZ 34, 122, 127 ff.; 75, 288, 292 f.; 100, 95, 102; 102, 95, 101; BGH NJW 1979, 716; OLG Köln NJW 1968, 304; offengelassen in BGHZ 50, 250, 252; 87, 274, 278.

<sup>145</sup> Vgl. etwa Palandt/Bassenge, vor § 994, 1 cbb; StudK/Beuthien, § 647, 2; Larenz, II 1 § 53 III e mwN. in Fn. 128; Fikentscher, § 80 II 5 a cc; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 87; Henke, AcP 161, 31; G. Hager, JuS 1987, 881 f.; als vorzugswürdig bezeichnet bei Erman/Seiler, § 647, 13; für analoge Anwendung trotz dogmatischer Bedenken Beuthien, JuS 1987, 846; ablehnend trotz Verneinung redlichen Erwerbs Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 168 ff.; Münzel, NJW 1961, 1379 f.

<sup>146</sup> Vgl. statt aller die Kritik bei MünchKomm/Medicus, vor §§ 987 ff., 10; Kunig, JR 1976, 16; Schwerdtner, Jura 1988, 254. Deutlich werden die Schwierigkeiten im Fall BGHZ 100, 95, 102 ff.: Dort hatte die Käuferin die restlichen Raten beglichen; damit schied eine (analoge) Anwendung der §§ 994 ff. BGB aus. Da der BGH auch den redlichen Erwerb des Unternehmerpfandrechts verneint, stellt er den Unternehmer weitgehend rechtlos; es ist bezeichnend, daß das Gericht letztendlich § 242 BGB bemühen muß (BGHZ 100, 95, 105 f.).

<sup>147</sup> BGHZ 68, 323, 328 ff.; 101, 307, 317 (sogar für Forderungen aus früheren Aufträgen); vgl. auch die Begründung von Staudinger/Wiegand, § 1257, 14 für die jetzige Akzeptierung redlichen Erwerbs im Gegensatz zu Wiegand, JuS 1974, 547; die Kritik an dieser Lösung war schon vorher in der Literatur formuliert worden; ausführlich Frohn, AcP 161, 34 ff.; Kunig, JR 1976, 16; ferner Schwerdtner, Jura 1988, 254 f.; von Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 87 werden die Schwächen der Lösung über die §§ 994 ff. BGB geschildert, jedoch akzeptiert; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 168 ff. vertritt mit ausführlicher Begründung die Ansicht, daß der Unternehmer von vornherein keine Verwendungen mache; Beuthien, JuS 1987, 846 glaubt, daß der Unternehmer entgelt- und nicht sachbezogen tätig werde; dagegen G. Hager, JuS 1987, 881. – Schlägt der redliche Erwerb etwa wegen des Diebstahls des Wagens fehl, so verbleibt es – angesichts fehlender Zurechnung systemgerecht – beim geringeren Schutz des Werkunternehmers über die §§ 994 ff. BGB, die wegen des von vornherein bestehenden Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses direkt und nicht nur analog gelten.

seiner früheren Entscheidung kaum absetzen können, ohne sie in aller Form aufzugeben.

§ 647 BGB reagiert auf die geschilderte Interessenlage. Indem er das Pfandrecht als dispositives Recht festschreibt, tariert er, wenngleich rechtsgeschäftlich abdingbar, die gegenseitigen Belange aus. Die Norm verstärkt regelmäßig die Position des Unternehmers, wie nicht zuletzt die Gegenüberstellung mit § 648 BGB veranschaulicht.<sup>148</sup> Der Wertungswiderspruch zwischen dieser Vorschrift und der Auslegung des § 647 BGB durch die h.M. kommt nicht von ungefähr, sondern erweist sich als Konsequenz fehlender, zumindest mißlungener teleologischer Absicherung. Gesetzlicher Erwerb deutet hier nämlich nicht wie im Erbrecht auf mangelnde, sondern im Gegenteil auf gesteigerte Fürsorge des Gesetzes für den Unternehmer hin. Diese Intention wird von der h.M. nicht nur beiseite geschoben, sondern geradewegs ins Gegenteil verkehrt.<sup>149</sup>

(3) Die Akzessorietät koppelt Forderung und Sicherungsrecht aneinander; können die Parteien auf sie zum Teil auch verzichten, so hat das nur zur Folge, daß das Recht im Augenblick der Abtretung erlischt. Daneben dienen Normen wie die §§ 1153, 1250 BGB jedenfalls auch den Interessen des Zessionars: Er soll automatisch Rechtsinhaber werden, eine zusätzliche Übertragung ist – im Gegensatz etwa zum Sicherungseigentum – nicht nötig.<sup>150</sup> Wer behauptet, bei der Vormerkung bedürfe der Zessionar eines solchen Schutzes nicht, die Vormerkung sei schließlich kein Verkehrsgegenstand,<sup>151</sup> argumentiert mit einem Zweck des Gesetzes, der gerade nicht nachgewiesen ist. Vom Schutz des Erwerbers her macht es keinen Unterschied, ob ihm ein Buchberechtigter eine Vormerkung bewilligt oder aber die zugrunde liegende Forderung abtritt.

(4) Gesetzlicher Erwerb ist zum Teil sogar zwingend ausgestaltet, etwa bei der dinglichen Surrogation, ohne daß dies verminderten Schutz signalisiert. Der Begünstigte rückt nach dem Plan des Gesetzes vor allem deswegen unmittelbar in die dingliche Stellung ein, um gegen Zwischenverfügungen und Insolvenz seines Schuldners gefeit zu sein.<sup>152</sup> Ziel ist es, das Beteiligungsverhältnis zu bewahren; man will die Aufspaltung in ein Bündel bloß obligatorischer Ersatzansprüche vermeiden; nicht zuletzt aus diesem Grund setzt sich die gesetzliche Regelung auch gegenüber einem sogar explizit anderslautenden Willen der Beteiligten durch.<sup>153</sup>

Die Beispiele lassen sich – fast beliebig – vermehren. § 18 Abs. 3 DepotG schützt

<sup>148</sup> Vgl. dazu oben § 5 II 3 f (1).

<sup>149</sup> Ein anderes Problem besteht darin, daß ein Unternehmer bei der Üblichkeit von Eigentumsvorbehalten nicht stets redlich sein wird und daß man daher ohnedies mit einer Verpflichtungsermächtigung bzw. dem Schutz des guten Glaubens an eine solche arbeiten muß; vgl. statt aller GroßKomm/Canaris, § 366, 79f. Das gehört nicht mehr zum hier abgehandelten Fragenkomplex.

<sup>150</sup> Vgl. dazu schon oben § 5 II 3 f (2).

<sup>151</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 66.

<sup>152</sup> Wolf, JuS 1975, 644.

<sup>153</sup> Strauch, Mehrheitlicher Rechtsersatz S. 133; ebenso Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 2401 für § 6 Abs. 1 S. 1 Fall 2 KAGG; ders., Rdn. 2402 für § 6 Abs. 2 KAGG.

vor Verzögerungen der Übereignung,<sup>154</sup> will insbesondere auch den Kommissionär daran hindern, dem Übergang zu widersprechen<sup>155</sup> oder einen Eigentumsvorbehalt zu erklären;<sup>156</sup> all dies dient in erster Linie dem Kommittenten. § 6 Abs. 1 KAGG geht auch einem konträren Willen der Kapitalanlagegesellschaft vor; die Gelder werden ipso iure Sondervermögen.<sup>157</sup> Zwingendes Recht festigt hier die Stellung des Erwerbers, was einer undifferenzierten Gleichbehandlung etwa mit dem Übergang kraft Erbfolge den Boden entzieht, es vielmehr unausweichlich macht, der abgestuften Funktion unabdingbarer legislatorischer Anordnung Rechnung zu tragen. Die Palette reicht dabei vom reduzierten Schutz bis hin zur Gewährleistung ausgesprochen verlässlicher Positionen. Das hat Konsequenzen für den redlichen Erwerb. Erbgang und dingliche Surrogation laufen insoweit nicht parallel.

#### h) Der Gedanke der Systemgerechtigkeit: Der Schutz des entgeltlichen Erwerbs

Angesichts der allgemein akzeptierten Schutzwürdigkeit etwa des Werkunternehmers wie auch des Zessionars will also die bloße Modalität des Übergangs wenig besagen. Den Beweis, sie sei Zeichen einer aus teleologischen Gründen differenzierten Normanwendung, bleibt die h.M. nicht von ungefähr schuldig. Ungeachtet aller konstruktiven Probleme gilt es nämlich auch beim gesetzlichen Übergang den Konflikt zwischen Eigentümer und Erwerber zu lösen. Als Regelungsmuster für solche Kollisionen hat das Gesetz die §§ 892f., 932ff. iVm. § 816 Abs. 1 BGB zur Verfügung gestellt. Sobald der Erwerber seine Leistung erbracht hat, genießt er Schutz. Selbst wenn man unterstellt, die Normen seien ihres Wortlauts wegen nicht direkt anwendbar, so zöge das den paradigmatischen Charakter des Modells nicht in Mitleidenschaft. Die Schutzlücke ist durch analoge Anwendung zu füllen: entgeltlicher Erwerb ist wirksam und kondiktionsfest.

Nur eine solche Lösung vermeidet Widersprüche. Den gesetzlichen Erwerb prinzipiell in den Redlichkeitsschutz einzubeziehen ist weit weniger ein Systembruch, als ihn gänzlich auszugliedern. Sogar die Annahme, kraft bewußter Dezision des BGB solle der gesetzliche Erwerb nicht den Redlichkeitsvorschriften unterfallen, hätte sich mit der Maxime auseinanderzusetzen, der Gesetzgeber habe Wertungswidersprüche tunlichst zu vermeiden.<sup>158</sup> Das Postulat dürfte verfassungsrechtlich abgesichert sein. Ist die Legislative bei Auswahl zwischen mehreren Lösungen eines Regelungsproblems auch grundsätzlich frei, so hat sie doch innerhalb des gewählten Systems konsequent zu bleiben.<sup>159</sup>

<sup>154</sup> RGZ 104, 119, 120 zu § 3 DepotG a.F.; *Opitz*, § 18, 2.

<sup>155</sup> *Heinsius/Horn/Than*, § 18, 39; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1969.

<sup>156</sup> *Heinsius/Horn/Than*, § 18, 41; *Quassowski/Schröder*, § 18, 17; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1969.

<sup>157</sup> *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2401; *Flachmann/Scholtz/Schorke/Steder*, Investment § 6 KAGG, 5.

<sup>158</sup> *Larenz*, Methodenlehre S. 321; *Bydlinski*, Methodenlehre S. 410f.; *Canaris*, Systemdenken S. 98f.

<sup>159</sup> Vgl. etwa BVerfGE 24, 75, 100; 34, 103, 115 mit umfangr. Nachw.; 60, 16, 40; ferner etwa v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3, 39–41 mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.



Die Verletzung der vom Gesetz statuierten Sachgesetzmäßigkeit kann zumindest Indiz eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG sein,<sup>160</sup> jedenfalls soweit die Differenzierung nicht konkurrierende Wertungen wiedergibt.<sup>161</sup> Nachdem sich der Gesetzgeber für den Schutz des redlichen Erwerbs ausgesprochen hat, müßte sich zumindest nachweisen lassen, daß und warum beim gesetzlichen Erwerb andere Prinzipien zu gelten haben. Der bloße nicht genauer abgesicherte Gegenschuß genügt dafür nicht.

Die des näheren geschilderten Ungereimtheiten wecken Zweifel, ob eine solche an den Rand des Systembruchs reichende Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Erwerb in ihren Details überblickt wurde, oder ob hier nicht jedenfalls Platz für eine auf teleologische Gesichtspunkte Rücksicht nehmende Interpretation bleibt, in deren Rahmen die Forderung nach wertungsmäßiger Konsequenz ihren Platz reklamiert.<sup>162</sup>

Die in den §§ 892 f., 932 ff. iVm. § 816 Abs. 1 BGB niedergelegten Prinzipien zu mißachten, besteht um so weniger Berechtigung, als die (angeblich) eine abweichende Lösung legitimierenden Belange – wie fehlende Verankerung im Willen der Beteiligten, mangelnde Vertrauensgrundlage – sich in ihrer Ableitung als wenig tragfähig erwiesen.

i) Die Beschränkung des gesetzlichen Erwerbs auf die Ersetzung der Willenserklärungen

Die paradigmatische Funktion der §§ 892 f., 932 ff. BGB bewahrt davor, den Eigentumswechsel durch Gesetz zu überschätzen. Die Norm ersetzt in aller Regel nur die Willenserklärung,<sup>163</sup> nicht jedoch den Vollzugsakt, natürlich auch nicht die Redlichkeit des Begünstigten. Das repetiert nicht etwa die h. M. unter einer abweichenden dogmatischen Kategorie. § 647 BGB verbindet beispielsweise den gesetzlichen Erwerb und das Übergabeerfordernis.<sup>164</sup>

<sup>160</sup> Vgl. etwa BVerfGE 24, 75, 100; 34, 103, 115; 59, 36, 49 mwN.; 62, 138, 148; 66, 214, 224; 67, 70, 84 f.; sehr zurückhaltend 60, 16, 43: Keine Verkrustung der Gesellschaftsordnung.

<sup>161</sup> Das müßte auch *Peine* anerkennen, obgleich er insgesamt das Postulat der Systemgerechtigkeit auch unter dem Aspekt des Konsequenzgebots weitgehend ablehnt (Systemgerechtigkeit S. 287 ff.). Mag es auch Gründe dafür geben, daß die Regelung verschiedener Materien an unterschiedliche Maßstäbe angeknüpft wird (so *Peine*, Systemgerechtigkeit S. 292), so ist damit die Frage nach der Tragfähigkeit dieser Gründe nicht a priori überflüssig. Für die hier zur Debatte stehende Differenz zwischen rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Erwerb sind solche Argumente nicht zu sehen, angesichts der Konkordanz der Teleologie, der Entlastungsfunktion dispositiven wie zwingenden Rechts wohl im Ergebnis nicht vorhanden. – Die generelle Rechtfertigung eines verfassungsrechtlich abgesicherten Postulats der Systemgerechtigkeit ist hier nicht weiter zu verfolgen; vgl. dazu statt aller v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3, 37 ff.

<sup>162</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 158; ferner *Hagen*, Festschrift für Larenz I S. 868; *Pawlowski*, Methodenlehre Rdn. 435; *Engisch*, Einführung S. 164 f.

<sup>163</sup> Vgl. schon RGZ 126, 21, 25 für eine Überweisung durch das Vollstreckungsgericht. Daß die heute h. M. den Fall nicht mehr über § 1244 BGB lösen will, berührt das zugrunde liegende Prinzip nicht.

<sup>164</sup> Details unten § 7 V 5 und § 10 II 5.

### III. Das Erfordernis des „Verkehrsgeschäfts“

Mit der Beschränkung auf den rechtsgeschäftlichen Übergang ist es nach h.M. nicht getan. An dem Rechtsgeschäft müsse zusätzlich eine dritte, mit dem Veräußerer nicht identische Person beteiligt sein. Kumulative Voraussetzung für den redlichen Erwerb sei also – so die gängige Formulierung – ein „Verkehrsgeschäft“,<sup>165</sup> teilweise auch als „rechtsgeschäftlicher Dritterwerb“<sup>166</sup> bezeichnet.

#### 1. Die Fallgruppen

Unter diesem Schlagwort versammelt sich eine Reihe nicht nur auf den ersten Blick höchst heterogener Phänomene. Beginnend mit der Aneignung,<sup>167</sup> der Bestellung einer Eigentümergrundschuld<sup>168</sup> sowie einer Restkaufgeldhypothek,<sup>169</sup> reicht die Palette über die rechtliche Identität der beteiligten Personen,<sup>170</sup> die wirtschaftliche Kongruenz von Veräußerer und Erwerber<sup>171</sup> bis zu einem Geschäft zwischen

<sup>165</sup> Vgl. vorläufig *Staudinger/Gursky*, § 892, 77ff.; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 38ff.; grundlegend *M. Wolff*, Sachenrecht<sup>1</sup> § 45 I 4.

<sup>166</sup> *MünchKomm/Wacke*, § 883, 28; *Staudinger/Gursky*, § 892, 78; *Lutter*, AcP 164, 159 Fn. 128.

<sup>167</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Gursky*, § 892, 77; die Palette der Begründungen schwankt: Einige nehmen gesetzlichen Erwerb an, so etwa *Jauernig*, § 928, 3c; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 36; *Planck/Strecker*, § 928, 5d; *Graßhof*, DJZ 1928, 517 (Bericht über eine Entscheidung des KG vom 22. 11. 1927); andere plädieren für originären Erwerb, für den § 892 BGB nicht gelte, so OLG Zweibrücken OLGZ 1981, 139, 141; KG JFG 15, 108, 111f.; *Palandt/Bassenge*, § 928, 4b; *Erman/Ronke*, § 928, 8; *AK/L. v. Schweinitz*, § 928, 22; *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 928, 4a; ohne Begründung *RGRK/Augustin*, § 928, 9.

<sup>168</sup> RG DRiZ 1927 Nr. 115; WarnR 1934 Nr. 38 = S. 86, 87; JW 1936, 2629, 2630; KG JW 1927, 805; DR 1928 Nr. 2461; *Soergel/Baur*, § 892, 23; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 39; *Staudinger/Gursky*, § 892, 79; *Rosenberg*, § 892 II 3c; *Planck/Strecker*, § 892 II 1e jeweils mwN.; vgl. ferner *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892f., 57; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 22; *Baur*, § 23 III 3d aa; *Westermann/Eickmann*, § 101 III 2; *K. Müller*, Rdn. 1068; *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3b mit Fn. 207; *Eichler*, II 2 S. 386f.; *ders.*, Vertrauen S. 100 Fn. 123; *E. Wolf*, Sachenrecht § 10 F I c 4 = S. 427; *Lutter*, AcP 164, 160; *Ewald*, JherJb 76, 269f.; *Fritsch*, JherJb 82, 259f.; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 180f.; *Epping*, DRiZ 1931, 173; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 6ff.; *Knur*, Erwerb S. 32. In den Prot. III 82 = 3444 = Mugdan III 543 wird angenommen, daß die Bestellung einer Eigentümergrundschuld zum redlichen Erwerb führe, lediglich die Herausgabepflicht gemäß § 816 Abs. 1 S. 2 BGB nach sich ziehe; ebenso *Heck*, Sachenrecht § 44 II 2. Die daran geübte Kritik von *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 18; *Lutter*, AcP 164, 160 Fn. 133 bleibt kraftlos, da sie die tragende Wertung nicht herausarbeitet.

<sup>169</sup> So auch die ganz h.M.; vgl. etwa KG JFG 5, 432, 436ff.; OLG Stuttgart OLGZ 1969, 477, 481; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892f., 57; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 39; *RGRK/Augustin*, § 892, 9; *Staudinger/Gursky*, § 892, 86; *Planck/Strecker*, § 892 II 1c; *Wolff/Raiser*, § 45 I 4; *Westermann/Eickmann*, § 101 III 2; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 6ff.; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 180f.

<sup>170</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Gursky*, § 892, 80–82 mwN.; genauer unten § 5 V 6, 7.

<sup>171</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Gursky*, § 892, 85f. mwN.; genauer unten § 5 V 6, 7.

juristischen Personen und ihren Mitgliedern,<sup>172</sup> das ebenfalls nicht unter dem Schutz der §§ 892 f., 932 ff. BGB stehen soll. Dasselbe habe zu gelten bei fiduziarischen Vollrechtsübertragungen, die allein im Interesse des Treugebers erfolgten,<sup>173</sup> nicht zuletzt auch beim „Rückwerb des Nichtberechtigten“.<sup>174</sup>

## 2. Die fehlende teleologische Absicherung

Diese noch nicht einmal abschließende Aufzählung<sup>175</sup> provoziert die Frage nach dem gemeinsamen Nenner. Was die h. M. hier zu bieten hat, läßt sich kaum anders qualifizieren denn als bloße Antizipation der gewünschten Ergebnisse.

### a) Die Sanktion für das „Kennenmüssen“

Es beginnt mit dem auf den Wortlaut des § 892 BGB gestützten Schluß, Vertragspartner müsse ein vom Veräußerer verschiedener Dritter sein.<sup>176</sup> Sollte das Argument überhaupt treffen,<sup>177</sup> so könnte es wie die Überlegung, der Vorteil dürfe nicht dem zu Unrecht Eingetragenen zufallen,<sup>178</sup> allenfalls erklären, warum eine Eigentümergrundschuld nicht redlich erworben werden kann, versagt aber spätestens bei der Übertragung an den uneigennützigen Treuhänder.<sup>179</sup> Das Reichsgericht ist denn auch auf die subjektive Seite ausgewichen: Nur wenn Erwerber und Veräußerer personenverschieden seien, könne man sich vorstellen, daß der Erwerber die wahre Rechtslage nicht kenne und daher auf das Grundbuch angewiesen sei.<sup>180</sup> Das läuft

<sup>172</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Gursky*, § 892, 87 ff. mwN.; genauer unten § 5 V 7 a.

<sup>173</sup> Vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 903, 6 b aa; *Soergel/Mühl*, § 932, 5; *MünchKomm/Quack*, § 932, 19; *Staudinger/Gursky*, § 892, 97 mwN.; *Staudinger/Scherübl*, § 1138, 6; *Coing*, Treuhand S. 119; *Eichler*, Vertrauen S. 100 Fn. 123; *Pottschmidt/Rohr*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 260; *Stoevesandt*, Rückwerb S. 62; *Biller*, Rückwerb S. 22; *Reinhardt/Erlinghausen*, JuS 1962, 46; ohne dogmatische Einordnung RGZ 72, 377, 379; als unentgeltlicher Erwerb bezeichnet von v. *Tuhr*, II 2 S. 138; *Ewald*, JherJb 76, 261 (ablehnend dazu *Stoevesandt*, Rückwerb S. 33; *Krawielicki*, JherJb 81, 281 Fn. 72); *MünchKomm/Wacke*, § 892, 31 Fn. 62 verfehlt die Analogie zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB; *Ostendorf*, NJW 1974, 220 f. erreicht das Ergebnis über eine teleologische Reduktion der Redlichkeitsvorschriften; RGRK/*Augustin*, § 892, 7 hält den Treuhänder nicht für einen Erwerber; im Ergebnis auch *Weber*, Durchgangserwerb S. 102 f., 112, der insoweit eine Ausnahme von der von ihm ansonsten bevorzugten Analogie zu § 166 Abs. 2 BGB postuliert.

<sup>174</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Gursky*, § 892, 189 mwN.; genauer unten § 6 I 3.

<sup>175</sup> Weitere Fälle z. B. bei *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 49 ff.

<sup>176</sup> So etwa RGZ 119, 126, 130; *Staudinger/Gursky*, § 892, 78; *K. Müller*, Rdn. 1067; *Lutter*, AcP 164, 159; *Coing*, Treuhand S. 119; *Fritsch*, JherJb 82, 255 ff. (passim).

<sup>177</sup> Ablehnend beispielsweise *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 13; daß das nicht schon aus dem Wortlaut folgt, konzedieren auch KG JFG 5, 432, 436; *Fritsch*, JherJb 82, 256; v. *Mangoldt*, AcP 134, 91; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 6; *AK/Reich*, §§ 932 f., 5.

<sup>178</sup> So *Rosenberg*, § 892 II 3 c; *Fritsch*, JherJb 82, 260.

<sup>179</sup> Abwegig ist die Vorstellung, daß in solchen Fällen der Treugeber das Geschäft in Wahrheit mit sich selber abgeschlossen habe (so KG zit. nach RGZ 127, 341, 344; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 181): die Personenverschiedenheit läßt sich nicht leugnen.

<sup>180</sup> RGZ 117, 257, 265; 123, 52, 56 f.; 127, 341, 346; 129, 119, 121; 136, 148, 150; KG HRR 1928 Nr. 1833; DNotZ 1928, 489, 490; JW 1928, 1827, 1829, das deswegen redlichen Erwerb hinsichtlich eines vorher zur Nutzung überlassenen Grundstücks verneinte, wenn in der Zwi-

dem Gesetz genauso zuwider wie die noch weiter gehende Ansicht des KG, § 892 BGB habe nur dort einen Sinn, wo eine vom Wissensstand des Veräußerers abweichende Kenntnis des Erwerbers denkbar<sup>181</sup> oder eine unterschiedliche Willensbildung möglich sei.<sup>182</sup> Kann der Buchberechtigte seinerseits doch durchaus gutgläubig sein, etwa weil er nicht ahnt, daß sein Erwerb fehlgeschlagen ist. Man sanktioniert zudem – von der Systematik des § 892 BGB her zu Unrecht – das Kennenmüssen.<sup>183</sup> Bereits die ausdrückliche Formulierung des § 892 BGB spricht dagegen. Darüber hinaus würde der redliche Erwerb untergraben, wenn auf beiden Seiten dieselben Personen handeln, und sei es nur als Vertreter der Partner des dinglichen Geschäfts. Eine solche Konsequenz wollten indes weder das Reichsgericht<sup>184</sup> noch der BGH<sup>185</sup> ziehen. Sie wäre ebensowenig korrekt wie die Prämisse: Kommt es doch auf die Kenntnis vom Grundbuchstand gar nicht an.<sup>186</sup>

#### b) Die rechtliche und wirtschaftliche Identität

Nicht mehr als ein Notbehelf ist der Rekurs auf die angebliche rechtliche und wirtschaftliche Identität. Redlicher Erwerb sei zu verneinen, soweit sich auf beiden

---

schenzeit zu Unrecht eine Hypothek gelöscht war (ablehnend dazu *Staudinger/Gursky*, § 892, 84; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 180); BayObLGZ 1929, 347, 350f.; OLG Köln LZ 1930, 1128; ebenso im Ansatz OLG Hamburg MDR 1959, 759, das daraus den Gegenschluß zieht (Schutz, wenn trotz der „Nähe“ die Kenntnis im Einzelfall fehlt; ablehnend zu dieser Entscheidung *Lutter*, AcP 164, 163 Fn. 147). – Die Formulierungen der Rechtsprechung schwanken; zum Teil wird darauf abgehoben, in solchen Fällen gebe es keinen Vertrauensschutz; so z. B. RGZ 119, 126, 132; 129, 119, 121; RG SeuffA 85, 81, 82; zum Teil wird argumentiert, hier fehle das Risiko der Täuschung über eine bestehende Unrichtigkeit des Grundbuchs; so z. B. RGZ 117, 257, 266; 119, 126, 130; KG JFG 5, 432, 436; OLG Köln LZ 1930, 1128, 1129; BayObLGZ 1928, 18, 19; vgl. ferner aus der Literatur *Palandt/Bassenge*, § 892, 3b vor aa; *Soergel/Baur*, § 892, 21; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 38 (anders aber § 892, 41 Fn. 89); *Planck/Strecker*, § 892 II 1 e; *Wiedemann*, I § 4 II 3b = S. 216; *A. Hueck*, OHG § 16 IV 2; *Eichler*, Vertrauen S. 99f.; *Epping*, DRiZ 1931, 173f.; v. *Mangoldt*, AcP 134, 90f.; *Fritsch*, JherJb 82, 281f., 288f.; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 179; *Endemann*, JW 1931, 611; *Sternberg*, JW 1930, 837; *Stoevesandt*, Rückerwerb S. 51; *Marschall v. Bieberstein*, JZ 1965, 405; *Tröster*, Einmann-GmbH S. 71; ähnlich *Thomas Raiser*, Kapitalgesellschaften § 29 II 2 a. E., der den Vergleich zu dem Fall zieht, daß dem Gesellschafter nahestehende Personen anstelle der Gesellschaft vorgeschoben würden, was auf ein „Kennenmüssen“ hinausläuft.

<sup>181</sup> KG JR 1927 Nr. 1141; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 179; *Knur*, Erwerb S. 32.

<sup>182</sup> KG JW 1927, 1431f.; *Fritsch*, JherJb 82, 286; wohl auch *Soergel/Schultze-von Lasaulx*<sup>11</sup>, vor § 21, 37; zur weiteren speziell auf Verfügungen eines Mitigentümers zugeschnittenen Argumentation des KG vgl. auch unten § 5 V 6a mit Fn. 457.

<sup>183</sup> *Lutter*, AcP 164, 162; *Flume*, I 2 § 3 II = S. 70; *Wilhelm*, Rechtsform S. 262; *Olzen*, Erbfolge S. 289f.; *Pringsheim*, JW 1932, 3178; *Koller*, JZ 1972, 648; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 13. – Bei beweglichen Sachen kann das eine Rolle spielen, da es dort darum geht, grobe Fahrlässigkeit zu sanktionieren; vgl. dazu etwa unten § 5 V 3a a. E. – Kritisch auch *Marschall v. Bieberstein*, JZ 1965, 405; *Staudinger/Gursky*, § 892, 84; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 180 im Gegensatz zu S. 179.

<sup>184</sup> RGZ 119, 126, 128; KG JW 1927, 1094, 1095; JR 1928 Nr. 1144; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 e; *Staudinger/Gursky*, § 892, 92; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 189ff.

<sup>185</sup> BGH NJW 1981, 1271, 1272, der die Frage jedenfalls offen ließ.

<sup>186</sup> Vgl. dazu unten § 10 I.

Seiten dieselben natürlichen Personen, obgleich in unterschiedlicher Verbundenheit gegenüberstünden.<sup>187</sup> Die Gefahr des Zirkelschlusses läßt sich nicht leugnen, da man die rechtliche Verschiedenheit von Erwerber und Veräußerer – die als solche unbestreitbar ist<sup>188</sup> – nicht anerkennen will, weil kein Verkehrsgeschäft vorliege, was aus dem Postulat folge, die Trennung dürfe nicht akzeptiert werden.<sup>189</sup> Ohne Kriterien, unter welchen Umständen man sich über die Tatsache hinwegsetzen darf, daß zwei Rechtspersonen betroffen sind, ist nicht auszukommen, womit man zum Anfang der Beweiskette zurückkehrt. Daß der Vorschlag beim uneigennützigen Treuhänder bzw. bei der Restkaufgeldhypothek nicht weiterhilft, rundet das Bild ab.

Die „wirtschaftliche Identität“ weist auf eine zusätzliche offene Flanke hin. Wann eine „echte Substanzverlagerung“<sup>190</sup> stattgefunden hat, ist mit der Formulierung nicht erklärt. Treugeber und Treunehmer sind Inhaber verschiedener Vermögensmassen auch dann, wenn das Geschäft primär oder gar ausschließlich den Interessen des Verfügenden dient. Sonst müßte jeder Geschäftsbesorgungsvertrag, soweit im Interesse des Auftraggebers, zu wirtschaftlicher Identität führen – eine Ansicht, die, etwa bei der mittelbaren Stellvertretung, durchgängig abgelehnt wird.<sup>191</sup> Nicht zuletzt bei Geschäften des einzigen Gesellschafters mit „seiner“ GmbH macht es die eigentliche, anhand der „wirtschaftlichen Identität“ nicht bewältigte Fragestellung

<sup>187</sup> RGZ 117, 257, 265; 119, 126, 131; 126, 46, 48; 131, 64, 65; 143, 202, 206; RG JW 1931, 610, 611; JR 1930 Nr. 1047; BayZ 1931, 157, 158 (dort war die Verfügung unentgeltlich, worauf das RG zu Recht hinweist); KG JFG 5, 432, 436; JW 1928, 1827, 1828; DNotZ 1928, 489, 490; JR 1928 Nr. 1144; BayObLGZ 1928, 18, 19; *Staudinger/Huber*, § 747, 63; *Staudinger/Gursky*, § 892, 80 mit umfängl. Nachw., 85; *AK/Reich*, §§ 932f., 5; *Westermann/Eickmann*, § 101 III 2; *K. Müller*, Rdn. 2408; *Scholz/Emmerich*, § 13, 74; *Nüßgens*, Rückerwerb S. 132; *Endemann*, JW 1931, 610f.; *Fritsch*, JherJb 82, 274; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 13; *Olzen*, Erbfolge S. 289f.; *Knur*, Erwerb S. 33f. (da es keinen Schutz des Veräußerers gebe); *Marschall v. Bieberstein*, JZ 1965, 405. – Die Formulierungen von Rechtsprechung und Literatur schwanken, ohne daß sich darin neue Begründungsansätze erkennen ließen; vgl. etwa KG JW 1927, 1494, 1495; JR 1928 Nr. 47: nur Umgestaltung der Eigentumsverhältnisse; Münch-Komm/Wacke, § 892, 38: kein wirtschaftlicher Güterumsatz; *ders.*, § 892, 38: Erwerber ist der rechtlich oder faktisch Verfügende; *ders.*, § 892, 40: kein Subjektwechsel trotz Änderung der Rechtsform einer Personenverbindung; *Westermann/Eickmann*, § 101 III 2: Erfordernis einer materiellen Vermögensänderung; *Fritsch*, JherJb 82, 291; *Beyerle*, AcP 127, 369: Kein wirtschaftlich rechnender Austausch von Gütern; *Coing*, Treuhand S. 119: Änderung nur der rechtlichen Form der wirtschaftlichen Beherrschung.

<sup>188</sup> Was auch das RG konzidiert; RGZ 129, 119, 121; ebenso KG JFG 5, 432, 437.

<sup>189</sup> So auch die Kritik von *Wilhelm*, Rechtsform S. 278; vgl. auch unten § 5 V 7a (5).

<sup>190</sup> So *Reinhardt*, Festschrift für Lehmann S. 581; *Tröster*, Einmann-GmbH S. 72; ähnlich *Reinhardt/Schultz*, Gesellschaftsrecht Rdn. 860; *Marschall v. Bieberstein*, JZ 1965, 406: anderer Herrschaftsbereich; *Wiedemann*, I § 4 III 2b = S. 235: Fehlen einer vollständigen Vermögensschichtung.

<sup>191</sup> RGZ 127, 341, 345f.; 131, 64, 66f.; *Staudinger/Gursky*, § 892, 93. *Westermann*, § 85 III 1b will eine rein schuldrechtliche Verknüpfung für die „wirtschaftliche Identität“ nicht ausreichen lassen; damit wird die uneigennützige Treuhand gerade nicht erklärt. *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 51ff. verneint das Verkehrsgeschäft, wenn der Geschäftsherr bösgläubig sei – eine rein ergebnisorientierte Argumentation, die freilich auch ansonsten beim mittelbar bösgläubigen Erwerb gebraucht wird (vgl. dazu unten § 6 I 3).

aus, ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen wirtschaftliche Überlegungen instande sind, die Trennung der rechtlichen Sphären zu überspielen;<sup>192</sup> der Topos der wirtschaftlichen Identität ist insoweit ähnlich unergiebig wie derjenige der rechtlichen Identität.

### c) Das Erwerbsinteresse

Die Reihe läßt sich fortsetzen. Schutzbelange des Rechtsverkehrs<sup>193</sup> bleiben ohne materielle Auffüllung eine unzureichende Formel. Fehlendes Erwerbsinteresse, mangelndes Sicherungsbedürfnis – Belege, die man nicht zuletzt auch bei der uneigennützigen Treuhand findet<sup>194</sup> – können ihrerseits nur normativ ermittelt werden: Hat doch der um sein fehlendes Eigentum wissende Nichtberechtigzte, der die Sache an einen gutgläubigen Dritten veräußert, um sie nach dessen redlichem Erwerb an sich zurückübertragen zu lassen, das Geschäft gerade dieses seines Erwerbsinteresses wegen eingefädelt. Hinge der Erwerb von einem solchen Interesse ab, so hätte dasselbe auch bei einem Geschäft mit dem berechtigten Treugeber zu gelten.<sup>195</sup> Man kann es drehen und wenden, wie man will. So sehr man der h.M. auch im Ergebnis recht geben mag, überzeugende Kriterien kann sie nicht anbieten, eher den Verdacht rein ergebnisorientierter Argumentation wecken.

### 3. Das Kriterium der eigenen Leistung

Wesentlich weiter als diese vorwiegend Ratlosigkeit hinterlassenden Erklärungsversuche führt aufs neue die eigene Leistung des Erwerbers. Ist das Geschäft unentgeltlich, verdient er jedenfalls keinen dauerhaften Schutz.<sup>196</sup> Glaubt nämlich die h.M., den Unterschied zwischen dem unentgeltlichen Erwerb und dem fehlenden Verkehrsgeschäft betonen zu können,<sup>197</sup> so bietet sie doch keine Unterscheidungskriterien an, ganz abgesehen davon, daß damit die Tragfähigkeit einer solchen Differenzierung noch nicht belegt wäre.

Das verdeutlichen einige Beispiele. Wer als Buchberechtigter eine Eigentümergrundschuld bestellt, erbringt für dieses dingliche Recht keine eigene Leistung.

<sup>192</sup> Vgl. dazu unten § 5 V 7a (5).

<sup>193</sup> So z.B. KG JfG 5, 432, 437; MünchKomm/K. Schmidt, § 747, 17; MünchKomm/Quack, § 932, 18; Staudinger/Huber, § 747, 21; Lutter, AcP 164, 159; ähnlich Endemann, JW 1931, 610; Epping, DRiZ 1931, 174: schutzwürdig sei nur berechtigtes Verkehrsvertrauen.

<sup>194</sup> Ostendorf, NJW 1974, 220; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 47f.; Ewald, JherJb 76, 273, ebenso S. 287, 291 für den Rückerwerb des Nichtberechtigten; Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht Rdn. 260: Der Rechtsgewinn käme materiell dem betreuten Vermögen des nicht berechtigten Veräußerers zugute.

<sup>195</sup> Nüßgens, Rückerwerb S. 90ff.

<sup>196</sup> Ebenso – wenngleich ohne nähere Begründung – Wilhelm, Rechtsform S. 267.

<sup>197</sup> Vgl. etwa AK/L. v. Schweinitz, §§ 892f., 61; MünchKomm/Wacke, § 892, 39; Staudinger/Firsching, § 2366, 15; Epping, DRiZ 1931, 174; Fritsch, JherJb 82, 278 Fn. 38; anders dagegen Heck, Sachenrecht § 44 II 2; Beyerle, AcP 127, 369; unentschieden Westermann, § 85 III 1b, der für den Fall der Abtretung einer derartigen – nicht entstandenen – Grundschuld redlichen Erwerb mit dem Argument begründet, der Erwerber habe sie i.d.R. durch ein Opfer erkaufte; ebenso Westermann/Eickmann, § 101 III 2.

Gleiches gilt für die uneigennützige Treuhand, jedenfalls wenn sie, wie es der einzig korrekte Ansatz ist, durch das Fehlen eigener Aufwendungen für den Erwerb selbst definiert wird. Ähnlich paraphrasiert beim Gegenbegriff der eigennützigen, insbesondere der Sicherungstreuhand das „Interesse wirtschaftlicher Natur“<sup>198</sup> nichts anderes als die Forderung nach eigener Investition.<sup>199</sup> Das „Verkehrsgeschäft“ reduziert sich so weithin<sup>200</sup> auf das Postulat nach einer korrekten Interpretation des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. Wer unentgeltlich erwirbt, sieht sich zumindest der Kondition des bisher Berechtigten ausgesetzt. Es ist Zeichen der Übereinstimmung, dokumentiert zugleich die Irrelevanz einer nicht hinterfragten Kategorienbildung, wenn man die uneigennützige Treuhand, ohne Differenzierungskriterien nennen zu können, teils in Analogie zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB löst, teils als Nichtverkehrsgeschäft begreift, da der Erwerber nicht schutzwürdig sei.<sup>201</sup> Bei der Eigentümergrundschuld geben bereits die Motive den entscheidenden Hinweis: Sie verstanden die Abspaltung des dinglichen Rechts schlicht als Fall unentgeltlichen Erwerbs.<sup>202</sup>

Die Integrierung in den Begriff der Unentgeltlichkeit hat nicht nur den Vorteil, daß man die wenig plausible Kategorie des fehlenden Verkehrsgeschäfts verabschieden kann. Sie paßt sich auch nahtlos in den verfassungsrechtlichen Befund ein, der es gebietet, den unentgeltlichen Erwerber dem bisher Berechtigten gegenüber hintanzustellen.<sup>203</sup> Man gewinnt eine durchgängige Begründungslinie und verläßt unsicheres Terrain.

#### IV. Der relevante Zeitpunkt

Eigene Leistung als Schutzgrund des redlichen Erwerbs wirkt sich schließlich auf die Bestimmung des relevanten Zeitpunkts aus, d.h. für die Frage, wie lange der Erwerber redlich sein muß.

##### 1. Die Bestellung dinglicher Sicherheiten vor der Valutierung der Forderung

Die Problemstellung wird vorwiegend bei der Einräumung von dinglichen Sicherheiten, hier vorrangig bei der Verkehrshypothek diskutiert. Nach Abschluß des Darlehensvertrags und Stellung des Antrags auf Eintragung der Hypothek, aber vor ihrer Valutierung erfährt etwa der Hypothekar, daß seinem Partner das als Sicherung vorgesehene Grundstück nicht gehört.

##### a) Der Meinungsstand für die Hypothek

Die landläufige Diskussion beißt sich an vordergründigen Belegen fest. So setzt die Begründung der Minderheit, der Hypothekar habe bereits eine unentziehbare

<sup>198</sup> Vgl. etwa *Ostendorf*, NJW 1974, 220; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 48.

<sup>199</sup> Vgl. v. *Tuhr*, II 2 S. 138 f.

<sup>200</sup> Vgl. eine Ausnahme in Fn. 550.

<sup>201</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 173.

<sup>202</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 168.

<sup>203</sup> Vgl. oben § 4 III 2 c.

Anwartschaft erlangt, die den Erwerb des Vollrechts antizipiere, somit sei die Hypothek redlich erworben<sup>204</sup> – ein Argument, das indes beim redlichen Erwerb einer Auflassungsvormerkung auch der BGH gebraucht<sup>205</sup> –, das zu Beweisende voraus. Eine Anwartschaft liegt vor, wenn der Erwerb des Rechts als gesichert gelten kann, was es hier erst zu klären gilt.<sup>206</sup>

Umgekehrt trifft es nicht den Kern, wenn die h.M. auf die restriktive Interpretation des § 892 Abs. 2 BGB verweist. Da diese Norm erst schütze, wenn das vorletzte Erfordernis, abgesehen von der Eintragung, für den Erwerb erfüllt sei, müsse die Hypothek valuiert sein.<sup>207</sup> Das Argument hilft schon deshalb nicht weiter, weil die Frage in analoger Form wiederkehrt, wenn die Hypothek eingetragen, aber noch nicht valuiert ist, und der Gläubiger jetzt über das fehlende Eigentum seines Partners informiert wird. In beiden Fällen sieht man sich obendrein mit dem Dilemma konfrontiert, daß nach § 1113 Abs. 2 BGB die Hypothek genauso für eine bedingte oder künftige Forderung bestellt werden kann. Ist der Darlehensvertrag geschlossen, die Valuta noch nicht ausgezahlt, so existiert mit dem zu sichernden Anspruch auf Rückzahlung eine künftige,<sup>208</sup> jedenfalls aber eine bedingte Forderung.<sup>209</sup> Die zum Teil bei abstrakten Schuldversprechen<sup>210</sup> bzw. künftigen Ansprüchen<sup>211</sup> befürwortete Ausnahme wäre somit der Regelfall.<sup>212</sup> Das Recht ist zwar eine vorläufige Eigentümergrundschuld, die erst mit der Valutierung auf den Gläubiger übergeht und sich in dessen Hand zur Fremdhypothek wandelt.<sup>213</sup> Dem mißt die h.M. in

<sup>204</sup> *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 35; *Staudinger/Gursky*, § 892, 171; ebenso RG JW 1935, 2629, 2630 für den Fall einer Höchstbetragshypothek; ähnlich OLG Kassel JW 1935, 1195.

<sup>205</sup> BGH NJW 1981, 446, 447; vgl. dazu näher unten § 5 IV 1b, 3c.

<sup>206</sup> *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 477.

<sup>207</sup> RGZ 141, 379, 383; wohl auch 128, 276, 278; RG WarnR 1934 Nr. 38 = S. 86, 87; *Jauernig*, § 892, 8b; *Palandt/Bassenge*, § 892, 7a; *Erman/Hagen*, § 892, 18; AK/L. v. *Schweinitz*, §§ 892f., 95a; MünchKomm/Wacke, § 892, 60; *Soergel/Baur*, § 892, 38; RGRK/*Augustin*, § 892, 121; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 620; *Lutter*, AcP 164, 168; *Imhof*, JW 1935, 1196; *Hepting*, NJW 1987, 869.

<sup>208</sup> *Dittrich*, Darlehensvertrag S. 79ff., 89; ähnlich *Larenz*, II 1 § 51 I: Rückerstattung dessen, was der Darlehensnehmer „als Darlehen“ erlangt hat; auch das ist ein durch die Auszahlung bedingter Anspruch; unklar *Staudinger/Scherübl*, § 1163, 10: Durch Hingabe der Valuta wird der Rückerstattungsanspruch „begründet“.

<sup>209</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 171. – Diese Voraussetzung ist unabhängig vom Streit um die Real- oder Konsensualvertragstheorie beim Darlehen erfüllt. Denn der Rechtsboden ist durch ein verbindliches Angebot so vorbereitet, daß die Entstehung des Anspruchs nur noch vom Willen des Schuldners abhängt (vgl. zu dieser Definition statt aller BGH NJW 1981, 446f. mwN.); soweit man nur fordert, die Bindung dürfe vom Schuldner nicht mehr einseitig beseitigt werden können (*Palandt/Bassenge*, § 883, 2e mwN.), gilt das erst recht.

<sup>210</sup> RGZ 141, 379, 383, das in concreto ein abstraktes Schuldversprechen ablehnt und für künftige Forderungen ohne nähere Begründung anders entscheidet.

<sup>211</sup> RGRK/*Augustin*, § 892, 121.

<sup>212</sup> Darauf weist *Staudinger/Gursky*, § 892, 171 zu Recht hin.

<sup>213</sup> *Palandt/Bassenge*, § 1113, 4e; *Soergel/Baur*, § 1163, 7; MünchKomm/*Eickmann*, § 1113, 52; RGRK/*Mattern*, § 1113, 43; *Staudinger/Scherübl*, § 1163, 25; *Baur*, § 37 II 3. Wer das



vergleichbaren Fällen jedoch keinerlei Bedeutung bei. Selbst wenn die Bedingung eintritt, nachdem der Erwerber von der mangelnden Berechtigung des Gegners erfährt, selbst wenn er die Bedingung durch eigene Zahlung herbeiführt, soll redlicher Erwerb nicht gehindert sein.<sup>214</sup> Nicht von ungefähr will man für den Schutz bei Bestellung eines Pfandrechts, das ein noch nicht ausbezahltes Darlehen zu sichern bestimmt ist, geradewegs umgekehrt entscheiden wie bei der Hypothek.<sup>215</sup> Sollte diese Begründung zutreffen, hielte denn auch die h.M. für die Hypothek einer Überprüfung nicht stand.<sup>216</sup>

Wer den Unterschied zum bedingten Rechtserwerb darin auszumachen versucht, daß sich dort der Erwerber bereits gebunden habe, während es bei der Hypothek noch am Abschluß des Darlehensvertrages fehle,<sup>217</sup> erfaßt nur einen Teil der Schwierigkeiten. Natürlich kann es sich deswegen um eine bloß künftige Forderung handeln, weil der Gläubiger den Kredit noch nicht verpflichtend zugesagt hat.<sup>218</sup> Damit erschöpft sich der Anwendungsbereich des § 1113 Abs. 2 BGB nicht. Genausogut mag der Rückzahlungsanspruch noch davon abhängen, daß der Gläubiger die Hypothek valuiert. Vom Übergang des Eigentums aufgrund der Zahlung des (Rest-) Kaufpreises weicht die Gestaltung nicht mehr ab.

#### b) Das fehlende Sicherungsbedürfnis des Erwerbers

Daß redlicher Erwerb hier dennoch fehl am Platze wäre, liegt jenseits aller konstruktiven Überlegungen schon am mangelnden Sicherungsbedürfnis des Hypothekars: Soll er doch die Auszahlung der Valuta unterlassen, wenn er erfährt, daß der angebliche Eigentümer nur Buchberechtigter ist.<sup>219</sup>

So zu verfahren, ist der Hypothekar berechtigt. Werden vereinbarte Sicherheiten nicht bestellt, fällt die Geschäftsgrundlage für den Darlehensvertrag fort.<sup>220</sup> Man kann den Zusammenhang sogar noch enger sehen. Das Versprechen, ein Darlehen zu gewähren, steht mit der Verpflichtung, dieses Darlehen durch eine Hypothek zu

---

Recht als Fremdhypothek begreift (z. B. v. *Lübtow*, Festschrift für Lehmann I S. 350 f.; weitere Nachw. bei *Staudinger/Scherübl*, § 1163, 25), müßte von vornherein redlichen Erwerb verfechten.

<sup>214</sup> Vgl. vorläufig BGHZ 10, 69, 73; *Staudinger/Gursky*, § 892, 171. – Zu diesem Fragenkreis vgl. genauer unten § 5 IV 2.

<sup>215</sup> *Staudinger/Wiegand*, § 1207, 7; *Hepting*, NJW 1987, 869; implizit auch BGHZ 86, 300, 310 (obiter).

<sup>216</sup> Konsequenz *Staudinger/Gursky*, § 892, 171.

<sup>217</sup> *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 622; in Rdn. 624 spricht er davon, der Schutz sei insbesondere nicht angebracht, wenn die nötigen rechtsgeschäftlichen Handlungen des Gläubigers fehlten. Bei Sicherung künftiger Ansprüche müsse der gute Glaube bis zur Entstehung der Forderung andauern. Das heißt im Ergebnis nichts anderes, als daß die Erbringung eigener Leistung den eigentlichen Schutzgrund abgibt.

<sup>218</sup> *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 624.

<sup>219</sup> *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 447; im Ergebnis (bei fehlender Disposition) auch *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 624.

<sup>220</sup> *Palandt/Putzo*, § 610, 1b; *Soergel/Lippisch/Häuser*, § 610, 14; RGRK/*Ballhaus*, § 610, 14; ähnlich BGH WM 1964, 62, 63; OLG Düsseldorf WM 1976, 882, 885.

sichern, regelmäßig im Synallagma.<sup>221</sup> Der Darlehensgeber darf daher nach den §§ 325 f. BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn die Gegenleistung seines Partners unmöglich oder verzögert wird.

Mit dem Institut des redlichen Erwerbs reagiert die Rechtsordnung – und darin liegt die eigentliche Begründung – auf die (notwendige) Kollision zwischen den Interessen des Eigentümers und denjenigen des Erwerbers. Es geht um eine Ex-post-Betrachtung: Hat der Verfügende die Sache entgeltlich übereignet, so ist der Empfänger – seine Redlichkeit vorausgesetzt – gegen Ansprüche des bisher Berechtigten gefeit. Eine der beiden Positionen hat in dem Konflikt zurückzutreten – im Regelfall diejenige des früheren Eigentümers. Die Legitimation entfällt, wenn der Erwerber der Kollision ausweichen kann. Sobald er um die fehlende Berechtigung seines Partners weiß, vermag er zu verhindern, daß es zum Zusammenstoß der gegengerichteten Interessen kommt. Nicht anders ist die Tatbestandsvoraussetzung der Redlichkeit schlechthin zu erklären. Der Bösgläubige kann die Kollisionslage vermeiden. Den Blickwinkel gewechselt: Die Vorschriften der §§ 892 f., 932 ff. BGB dienen nicht den Belangen des Empfängers ex ante, mag dabei auch sein Gewinninteresse tangiert sein. Erst nach der entgeltlichen Verfügung sperren die Normen die Rückabwicklung. Das positive Interesse des Erwerbers an der Vertragserfüllung gehört nicht zum Schutzzweck. Sein Wunsch, die Sache behalten zu dürfen, vor Risiken infolge der Insolvenz seines Partners abgesichert zu sein, ist vor Vollendung des Erwerbs und Erbringung der eigenen Leistung nicht Bestreben der Redlichkeitsnormen. Das gilt um so mehr in Fällen wie diesen, in denen es um die bloße Sicherungsfunktion geht, nicht aber darum, den Gegenstand (endgültig) zu erwerben. Die Hypothek soll nach Tilgung des Darlehens zurückfallen und nicht beim Hypothekar verbleiben. Den Gläubiger trifft kein Risiko, wenn er es unterläßt, das Darlehen auszureichen; seine Gewinnerwartung aus dem Kreditvertrag als solche wird nicht garantiert.

Der BGH hat in vergleichbarem Zusammenhang allerdings mit umgekehrter Tendenz argumentiert. Sei eine künftige Forderung gesichert, so dürfe der Gläubiger, auch ohne bisher etwas geleistet zu haben, durch eigenen Entschluß den Eintritt des unbedingten Anspruchs herbeiführen und anschließend die Sicherungswirkung beanspruchen.<sup>222</sup> Dies ist genauso eine *petitio principii* wie der Hinweis auf den Er-

<sup>221</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 13. Die Literaturstellen betreffen in der Regel die Sicherungsgrundschuld; zur Hypothek besteht insoweit jedoch kein Unterschied.

<sup>222</sup> BGH NJW 1981, 446, 447 für die Vormerkung eines künftigen Anspruchs auf Auflassung; zustimmend zu dieser Entscheidung *Jauernig*, § 883, 6a bb; *Palandt/Bassenge*, § 883, 3 vor a; *AK/B. v. Schweinitz*, § 885, 23; *Schwab*, Sachenrecht § 15 II 1; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 372; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 111; *Schwerdtner*, Jura 1985, 319; *J. Baur/Riede*, JuS 1987, 383; a. A. *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 622, 624; *Westermann/Eickmann*, § 101 IV 5; *Hepting*, NJW 1987, 870 ff.; *J. Hager*, JuS 1987, 557 f.; differenzierend für den Fall des Konkurses *Denck*, NJW 1984, 1011 f.: Geschützt sei der Vormerkungsberechtigte eines künftigen Auflassungsanspruchs, wegen § 15 KO nicht derjenige einer künftigen Hypothek. – BGHZ 5, 285, 294 wertet geradewegs umgekehrt wie BGH NJW 1981, 446, 447: Eine Bank könne durch weitere Kredite an ihren Kunden keine Erhöhung ihres Rechts an dem zur

werb einer nicht mehr entziehbaren Anwartschaft, die die wertungsmäßige Absicherung in der Schwebe läßt. Daß widrigenfalls bedingte und künftige Ansprüche weniger nachhaltig gesichert wären,<sup>223</sup> beweist nicht das Gegenteil, sondern folgt aus dem mit Blick auf die noch nicht ausgezahlte Valuta verminderten Schutzbedürfnis des Gläubigers. Der vermeintliche Widerspruch hat die h.M. bislang auch nicht gestört, im Gegenteil: Wenngleich mit wenig überzeugender Begründung, hatte sie den redlichen Erwerb der Hypothek selbst von der Darlehenshingabe abhängig gemacht und auf Redlichkeit des Erwerbers bis zu diesem Moment bestanden.<sup>224</sup> Das Argument einer angeblichen wirtschaftlichen Notwendigkeit<sup>225</sup> antizipiert nur das Ergebnis. Die Frage, ob das ökonomische Interesse des Gläubigers an der Sicherung seines Kredits den Interessen des Eigentümers vorgehe, zu verneinen, ist nach den bisherigen Überlegungen nur konsequent. Einen Erwerb als entgeltlich einzustufen, dessen Gegenleistung auch noch nicht teilweise erbracht ist,<sup>226</sup> würde die Belange des bisherigen Eigentümers ohne Not hintanstellen. Probleme der teilweisen Bezahlung<sup>227</sup> sind unschwer zu lösen;<sup>228</sup> sie tauchen in gleicher Weise auf, wenn man die h.M. für die Rückabwicklung gemischter Schenkungen übernimmt.<sup>229</sup>

#### c) Der Erwerb sonstiger Sicherungsrechte

Daß redlicher Erwerb eines Pfandrechts anders, als die h.M. es sieht,<sup>230</sup> von der Valutierung abhängt, ergibt sich aus den für die Hypothek nachgezeichneten Regeln

---

Sicherheit diskontierten Scheck herbeiführen, sobald sie erfahren habe, daß dem Scheckverpflichteten eine rechtsvernichtende Einwendung gegen den Bankkunden zustehe. Auf diesen Widerspruch in der Rechtsprechung weist *Canaris*, ZHR 151, 541 hin, der deswegen auch BGH NJW 1981, 446, 447 skeptisch beurteilt; vgl. zu all dem auch noch unten § 5 IV 3. – Der konstruktive Unterschied, daß die Vormerkung den Anspruch auf Auflassung bzw. Einräumung der Hypothek sichert, nicht die Darlehensforderung selbst, könnte ein divergentes Ergebnis hinsichtlich des Redlichkeitsschutzes von vornherein nicht untermauern.

<sup>223</sup> So das tragende Argument von BGH NJW 1981, 446, 447; zustimmend *J. Baur/Riede*, JuS 1987, 383; ablehnend *Hepting*, NJW 1987, 872.

<sup>224</sup> Die Bemerkung von BGH NJW 1981, 446, 447, niemand bestreite, daß es für redlichen Erwerb einer Vormerkung ausreiche, wenn sie einen künftigen Anspruch sichere, mochte dort zutreffen (vgl. aber *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 622), gab aber auch schon im Zeitpunkt der Entscheidung beim Vollrecht nicht den Stand der h.M. wieder. Wie zu zeigen sein wird (vgl. § 5 IV 3), sind beide Fälle gleich zu behandeln.

<sup>225</sup> RG JW 1935, 2629, 2630. Speziell bei einer Höchstbetragshypothek, um die es im Fall des RG ging, paßt das Argument von vornherein schlecht. Sie ist gemäß § 1190 Abs. 3 BGB Sicherungshypothek, damit stärker akzessorisch, insbesondere wegen der in § 1185 Abs. 2 BGB angeordneten Unanwendbarkeit des § 1138 BGB weniger verkehrsfreundlich (vgl. statt aller MünchKomm/Eickmann, § 1185, 2, 6 ff.). – Entgegen BGH NJW 1981, 446, 447 verliert auch § 883 Abs. 1 S. 2 BGB nicht seine Bedeutung. Beim Erwerb vom Berechtigten klärt die Norm den Rang (vgl. *Hepting*, NJW 1987, 870 f.).

<sup>226</sup> RGZ 163, 349, 355.

<sup>227</sup> Von RGZ 163, 349, 355 als weiterer Gesichtspunkt genannt.

<sup>228</sup> Vgl. dazu genauer unten § 5 IV 3.

<sup>229</sup> Vgl. dazu oben § 5 I 4 a.

<sup>230</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 215.

mit Selbstverständlichkeit. Die beiden Institute sind weithin parallel ausgestaltet, konstruktive Differenzen im Detail nicht mit Blick auf den Zeitpunkt des redlichen Erwerbs konzipiert.

Andererseits trifft es – abgesehen von der Diskrepanz zu den eigenen Prämissen – nicht den Kern, wenn man bei der Verpfändungsanzeige nach § 1205 Abs. 2 BGB mehrheitlich auf Redlichkeit des Begünstigten bis zum Zugang der Erklärung beharrt, soll der Erwerb nicht fehlschlagen.<sup>231</sup> Entscheidend ist die Valutierung. Doch auch wer an diesem Ergebnis zweifelt, könnte sich zwar auf die anderslautenden Maximen des bedingten Rechtsübergangs berufen,<sup>232</sup> müßte sich aber zum einen mit der h.M. im Recht der Hypothek auseinandersetzen, seine Position zum anderen wertungsmäßig untermauern.

Sicherungsseigentum und Sicherungsgrundschuld differieren von der Hypothek im Grad der Akzessorietät zwischen der Forderung und dem Sicherungsrecht. Den für den redlichen Erwerb maßgebenden Zeitpunkt abweichend zu fixieren, besteht kein Anlaß, da die Akzessorietät sich insoweit neutral verhält.<sup>233</sup> Das Sicherungsinteresse wird erst mit Auszahlung der Valuta begründet. Solange die Kollision mit den Belangen des Eigentümers zu verhindern ist, kann dies dem Sicherungsnehmer angeschlossen werden; der Gläubiger ist auf den Schutz noch nicht angewiesen.

## 2. Das Umsatzgeschäft

Spätestens beim Umsatzgeschäft gerät man mit dem Postulat, redlicher Erwerb hänge von der zumindest partiellen Bezahlung ab, in Gegensatz zur völlig einhelligen Ansicht, die sich auf das dingliche Geschäft konzentriert, ohne vom Beginn der Kaufprestilgung Notiz zu nehmen.<sup>234</sup> Selbst bei einer durch Zahlung des Kaufprei-

<sup>231</sup> MünchKomm/Damrau, § 1207, 5; ebenso RGRK/Kregel, § 1207, 7, der auf den Wortlaut des § 932 BGB verweist; dieser fordere die Erfüllung aller Erwerbsvoraussetzungen (vgl. dazu noch Fn. 238).

<sup>232</sup> Staudinger/Wiegand, § 1207, 11.

<sup>233</sup> Canaris, ZHR 151 (1987), 541.

<sup>234</sup> BGHZ 10, 69, 73; 30, 374, 380; OLG Karlsruhe JZ 1966, 272, 273; Jauernig, § 932 II 3 c; Palandt/Bassenge, § 932, 3 c; Soergel/Mühl, § 932, 10; MünchKomm/Quack, § 932, 54 mwN. in Fn. 77 zur (älteren) Gegenmeinung; RGRK/Pikart, § 932, 20; Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 932, 32; Erman/Weitnauer, § 455, 30; MünchKomm/H. P. Westermann, § 158, 39; ders., § 455, 66; Staudinger/Honsell, § 455, 41; Flume, II § 38 4 b; § 42 4 a; ders., AcP 161, 392 f.; Larenz, II 1 § 43 II c; Fikentscher, § 71 V 3 b; Baur, § 52 III 1 c; § 59 V 3 a; Westermann, § 46, 4; Wolff/Raiser, § 69 II 2 a; Heck, Sachenrecht § 58 III 3; K. Müller, Rdn. 2398; Schwab, Sachenrecht § 30 II 3; § 32 IV 1; Serick, I S. 220, 268; Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 465; Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht Rdn. 300 f., 621; Gerhardt, Mobiliarsachenrecht § 12, 2 c = S. 96; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 58; Raiser, Dingliche Anwartschaften S. 36 f.; Georgiades, Eigentumsanwartschaft S. 42; Forkel, Anwartschaftsrecht S. 192; Biller, Rückerwerb S. 8 f.; Marotzke, Anwartschaft S. 121 f.; Canaris, ZHR 151, 542; Brox, JuS 1984, 661; Wiegand, JuS 1974, 207, 211; Kupisch, JZ 1976, 427; Stoll, JuS 1967, 12 ff. mwN.; J. Baur, JZ 1967, 439; U. Hübner, NJW 1980, 732; Wacke, NJW 1981, 1578; Schlosser, Jura 1986, 90; im Ergebnis auch A. Blomeyer, AcP 153, 240 f., der die Begründung des BGH allerdings scharf, jedoch zu Recht kritisiert. Die Konsequenzen strahlen ins Kondiktionsrecht aus: Staudinger/Gursky,

ses aufschiebend bedingten Übereignung reiche es aus, wenn der Erwerber im Augenblick der Einigung redlich sei, ohne daß die Kenntnis zum späteren Zeitpunkt der Zahlung noch Einfluß gewinne.

a) Der Wortlaut der §§ 932 f. BGB

Die Begründung bleibt freilich rein formal. Daß bei bedingten Verfügungen nach der Einigung und Übergabe keine weitere Willensäußerung mehr nötig ist,<sup>235</sup> ist eine Trivialität,<sup>236</sup> beweist aber für die hier interessierende Frage gar nichts. Schon § 937 Abs. 2 BGB zeigt das Gegenteil: spätere Bösgläubigkeit kann schaden.<sup>237</sup> Der Wortlaut des § 932 BGB spricht eher gegen als für die Lösung der h. M. Der Erwerber muß in dem Augenblick redlich sein, da er nach § 929 BGB das Eigentum erhalten würde – was ohne Frage erst bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Fall ist.<sup>238</sup> Man sollte zwar dem Text angesichts einer Entstehungsgeschichte, in deren Verlauf offensichtlich an die bedingte Übereignung nicht gedacht wurde,<sup>239</sup> keinen übermäßigen Stellenwert beimessen. Allzusehr simplifiziert allerdings, wer aus den §§ 933 f. BGB das Gegenteil schließt.<sup>240</sup> Die Normen stellen natürlich auf den Zeitpunkt des Besitzübergangs ab – jedoch als zusätzliche Voraussetzung, vor deren

---

§ 951, 12 will – die sonstigen Voraussetzungen unterstellt – den Bauherrn vor der Eingriffskondition des Lieferanten absichern, unabhängig davon, ob er mit der Zahlung bereits begonnen hatte, während *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 155 Fn. 309 umgekehrt entscheidet; vgl. ferner RGZ 163, 348, 355, das – wenngleich mit anderer Stoßrichtung – die Entgeltlichkeit eines Vertrages nicht am Beginn der Zahlung orientiert; vgl. aber auch schon oben Fn. 26.

<sup>235</sup> BGHZ 10, 69, 73.

<sup>236</sup> A. Blomeyer, AcP 153, 241 mit Fn. 6.

<sup>237</sup> A. Blomeyer, AcP 153, 241.

<sup>238</sup> Darauf weist auch *Wiegand*, JuS 1974, 207 hin; vgl. auch RGRK/*Kregel*, § 1207, 7 (dazu Fn. 231). *Marotzke*, Anwartschaft S. 121 (ähnlich *Gerhardt*, Mobilarsachenrecht § 12, 2c = S. 99) folgert aus dem Gesetzestext genau das Gegenteil: Der Hinweis in § 932 BGB meine den Eigentumsübergang ausschließlich nach § 929 S. 1 BGB, nicht nach der „anderen Vorschrift“ des § 158 Abs. 1 BGB. Das überzeugt nicht. Der Übergang richtet sich nach wie vor nach § 929 S. 1 BGB, dessen eines Tatbestandsmerkmal, die Einigung, erst bei Eintritt der Bedingung (vollständig) erfüllt ist. Gewichtiger ist schon das Argument, die Geltung von Rechtsnormen, welche auf das rechtsgeschäftliche Handeln bezogen seien, sei stets nach dem Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts und nicht nach dem des Bedingungseintritts zu beurteilen (*Flume*, II § 38 4b; *Stoll*, JuS 1967, 14 mwN.); die Wirkung sei also nur noch von der Bedingung abhängig (*Marotzke*, Anwartschaft S. 121 f.). Das ist bei § 308 Abs. 2 BGB schon nicht der Fall. Auch für § 161 Abs. 1 S. 1 BGB wären Schwierigkeiten vorprogrammiert. Die Norm wäre rein deklaratorisch, wenn für die Tatbestandsvoraussetzung „Eigentümer“ im Rahmen einer zweiten Verfügung bereits die dingliche Einigung anlässlich der ersten Veräußerung und nicht erst der Bedingungseintritt die Zäsur bildete: Der zweite Erwerber hätte vom Nichtberechtigten erworben. Daß dies nicht richtig sein kann, zeigt sich spätestens dann, wenn die Bedingung aus irgendwelchen Gründen ausfällt. § 161 Abs. 1 S. 1 BGB kann sich also nicht auf eine bloße Klarstellung beschränken; der Zirkel ist perfekt.

<sup>239</sup> A. Blomeyer, AcP 153, 241; *Brecht*, JherJb 61, 286; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 42 mwN. in Fn. 1.

<sup>240</sup> So indes BGHZ 10, 69, 73; RGRK/*Pikart*, § 932, 20; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 42 Fn. 2.

Erfüllung redlicher Erwerb unmöglich ist.<sup>241</sup> Davon abgesehen indiziert die bloße Tatsache eines Widerspruchs zwischen zwei Vorschriften noch nicht notwendig, welche vorzuziehen ist. Aus der Formulierung allein ohne Rückgriff auf die *ratio legis* ist das nicht zu klären.

#### b) Die Anwartschaft

Nicht viel weiter hilft das Institut des Anwartschaftsrechts.<sup>242</sup> Will man nicht in eine rein ergebnisorientierte Deduktion aus dem insoweit nicht ergiebigen Begriff zurückfallen, taugt die Figur erst, wenn nachgewiesen ist, daß der Erwerber bereits geschützt werden soll – womit man wieder am Anfang der Beweisführung steht. Daß der Erwerber schon vor Erhalt des Vollrechts Inhaber einer Anwartschaft geworden ist, bedeutet im Ergebnis nur eine Umschreibung der Auffassung, er brauche bloß bis zur Einigung und Übergabe gutgläubig zu sein.<sup>243</sup> Vorrang hat die Interpretation der einzelnen Vorschrift, wobei „Anwartschaft“ als Argumentationstosop allein nichtssagend bleibt.<sup>244</sup>

Vordergründig spricht zwar das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip für die h. M., indes eben nur vordergründig. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB verdeutlicht, daß die Art des Kausalgeschäfts durchaus Einfluß zumindest auf die Rechtsbeständigkeit des redlichen Erwerbs hat.

#### c) Der Schutzzweck des redlichen Erwerbs

Die Lösung kann mit Blick auf den Schutzzweck des redlichen Erwerbs kaum zweifelhaft sein. Der Erwerber erlangt erst dann eine verbürgte Position, wenn er seinerseits für die Sache die Gegenleistung erbracht hat. Zwar will der Käufer hier nicht nur ein Sicherungsrecht erlangen, sondern die Sache endgültig behalten. Er kann jedoch die Kollisionslage vermeiden, ohne sein Vermögen zu gefährden. Soweit sich die Verfechter des redlichen Erwerbs schon im Augenblick der bedingten Einigung mit den konkurrierenden Belangen des bisherigen Eigentümers auseinandersetzen, machen sie denn auch darauf aufmerksam, der Erwerber habe regelmäßig (teilweise) seine Schuld bei Besitzübergang getilgt.<sup>245</sup> Trifft das zu, ist gegen redli-

<sup>241</sup> A. Blomeyer, AcP 153, 241; ablehnend zur Argumentation des BGH auch Kupisch, JZ 1977, 494 Fn. 74.

<sup>242</sup> So indes vor allem A. Blomeyer, AcP 153, 242; ders., AcP 162, 194; ferner *Staudinger-Honsell*, § 455, 41; *Larenz*, II 1 § 43 II c; *Baur*, § 59 V 3 a; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 13 II 3; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 36 f.; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 43; *Serick*, I S. 268; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 300; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 58; *Wiegand*, JuS 1974, 211.

<sup>243</sup> *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 474.

<sup>244</sup> *Erman/Weitnauer*, § 455, 26; *Flume*, II § 42 4 a; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 487; *Marotzke*, Anwartschaft S. 123; *Stoll*, JuS 1967, 14 mwN.; *Reinicke*, NJW 1964, 20 f.; prononciert gegen eine Deduktion aus dem bloßen Begriff der Anwartschaft *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1982, 2283.

<sup>245</sup> *Marotzke*, Anwartschaft S. 122. – Soweit dies *Marotzke* auch bei unentgeltlichem Erwerb bejahen will (S. 122), da dort trotz Fehlens eines (auf die Erbringung einer Gegenleistung gestützten) Verkehrsinteresses redlicher Erwerb eintrete, übersieht er, daß dieser Erwerb rück-

chen Erwerb nichts einzuwenden.<sup>246</sup> Wo es an einem solchen Opfer aber fehlt, ändert sich das Bild: Kann ein unentgeltlicher Erwerber den Anspruch des früheren Eigentümers nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB nicht torpedieren, indem er nach Eintritt seiner Bösgläubigkeit mit seinem Partner einen neuen, nunmehr entgeltlichen schuldrechtlichen Vertrag schließt,<sup>247</sup> so wirkt auch die Zahlung der ersten Rate oder des gesamten Kaufpreises nicht zu seinen Gunsten, sofern er inzwischen die fehlende Berechtigung seines Partners kennt. Zu Schwierigkeiten führt das nicht. Der aufgrund der Obliegenheit, sich nicht nur bei der Einigungserklärung, sondern auch noch später über das Eigentum des Verfügenden vergewissern zu müssen,<sup>248</sup> befürchtete Mißstand verliert seine Schrecken. Die Nachforschungsobliegenheit existiert zum einen nur bis zur Zahlung der ersten Rate, ist zum anderen stark eingeschränkt. Hat der Erwerber einmal Erkundigungen über die Berechtigung seines Partners eingezogen, werden ihm erneute Nachforschungen allenfalls abverlangt, wenn bisher unbekannte Verdachtsmomente auftreten, wenn nicht sogar eine Beschränkung auf positives Wissen in Analogie zu den §§ 937 Abs. 2, 957 a.E. BGB angezeigt ist.<sup>249</sup> Wird er allerdings in der Zwischenzeit über das fehlende Eigentum ins Bild gesetzt, ist er nicht schutzwürdig.

#### d) Das vom Veräußerer einseitig vollzogene Umsatzgeschäft

Vorgezeichnet ist damit die Lösung für unbedingte Verfügungen, denen noch keine auch nur teilweise Tilgung der Schuld aus dem zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag von seiten des Erwerbers gegenübersteht. Er ist in der Lage, sich vom Geschäft zu lösen, ohne einen Schaden zu erleiden oder befürchten zu müssen, kann auf diese Weise gleichzeitig die Gefährdung der Belange des Eigentümers hintanhalten.<sup>250</sup>

### 3. Die Vormerkung

Im Grundstücksverkehr kann zwischen der Einigung und der Eintragung der Rechtsänderung geraume Zeit vergehen. Während der Dauer des grundbuchrechtli-

---

abzuwickeln ist und der konstruktiven Besonderheit, wie zu zeigen sein wird (vgl. unten § 6), keine Bedeutung beizumessen ist.

<sup>246</sup> In solchen Fällen genügt es auch, wenn ein Teil der Gegenleistung erbracht ist; vgl. dazu unten § 5 IV 4.

<sup>247</sup> Vgl. oben § 5 I 3.

<sup>248</sup> Stoll, JuS 1967, 14.

<sup>249</sup> Canaris, ZHR 151, 547.

<sup>250</sup> In der 2. Lesung war ein Antrag abgelehnt worden, der den Erwerber, der nach Stellung des Eintragungsantrags, aber vor Eintragung bösgläubig geworden war, nur schützen wollte, wenn er die ihm obliegende Leistung zumindest teilweise erbracht hatte. Man verwies bei der Zurückweisung auf den insbesondere in Norddeutschland herrschenden Brauch, die Valuta alsbald nach Vertragsschluß und Einreichung des Eintragungsantrags auszuzahlen. Wenngleich der Antrag der Billigkeit entspreche, so sei er aus Gründen der Zweckmäßigkeit zu verwerfen (Prot. III 80ff. = 3440ff. = Mugdan III 544ff.). Das Argument geht an der Sache vorbei. Ist der Erwerber ab Auszahlung der Valuta geschützt, kann die in Norddeutschland gepflogene Übung nicht zu Unzuträglichkeiten führen.

chen Verfahrens den Erwerber zu schützen ist Aufgabe der Vormerkung.<sup>251</sup> Die Vorwegnahme der Sicherung hat für den redlichen Erwerb Konsequenzen in mehrfacher Hinsicht.

#### a) Die Zulässigkeit redlichen Ersterwerbs

Einig ist man sich über den Ausgangspunkt. Soweit der Anspruch existiert, kann eine bewilligte Vormerkung redlich erworben werden. Das konstruktive Problem im Gefolge des Streits über die Rechtsnatur der Vormerkung, ob § 892 BGB,<sup>252</sup> § 893 BGB<sup>253</sup> oder eine kumulative bzw. analoge Anwendung beider Normen<sup>254</sup> der richtige Ansatzpunkt ist, tritt – da ohne Einfluß auf das Ergebnis – als weitgehend irrelevant zurück. Ordnet man die Bewilligung einer Vormerkung als Verfügung ein, so wäre ein anderes Ergebnis schon deswegen sinnwidrig, weil man zu unterscheiden hätte, ob die Erklärung dem Gläubiger oder dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben wurde;<sup>255</sup> im ersten Fall wäre der Inhaber des Anspruchs gesichert, im zweiten nicht. Unabhängig von solch eher formalen Klassifizierungen verschafft die Vormerkung dem Begünstigten eine Stellung, die mit der eines dinglich Berechtigten in wesentlichen Punkten übereinstimmt. Die §§ 883 Abs. 2, 3, 884 BGB sowie die §§ 24, 193 S. 2 KO, 82 Abs. 2 S. 1 VglO werden vom redlichen Erwerb folgerichtig ergänzt.<sup>256</sup>

<sup>251</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Wacke, § 883, 2.

<sup>252</sup> *Kempf*, JuS 1961, 24f.; *Wunnen*, NJW 1969, 116; *E. Wolf*, Sachenrecht § 13 B IVc 1; wohl auch *Kupisch*, JZ 1977, 494, da er den Erwerb einer Vormerkung nach den Regeln einer bedingten Verfügung behandeln will (zur Kritik vgl. *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 383).

<sup>253</sup> RGZ 118, 230, 233f.; 121, 44, 46; BGHZ 25, 16, 23; 28, 182, 187; 57, 341, 343; BGH NJW 1981, 446, 447; 1981, 447, 448; *Jauernig*, § 883, 6a bb; *Palandt/Bassenge*, § 885, 3d; § 893, 3; *StudK/M. Wolf*, § 883, 2b; *Rosenberg*, § 883 V 5 = S. 336; *AK/B. v. Schweinitz*, § 885, 23; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892f., 74; *Soergel/Baur*, § 893, 5f.; *RGRK/Augustin*, § 893, 15; *Staudinger/Seufert*<sup>1</sup>, § 883, 56; *Staudinger/Gursky*, § 893, 29 mwN. zur älteren Gegenansicht, die redlichen Erwerb noch ablehnte: *Wolff/Raiser*, § 48 IV mwN. zu älterer Literatur und Rechtsprechung; *Baur*, § 20 III 1b; *Schwab*, Sachenrecht § 15 VII; *Eichler*, II 2 S. 381; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 26; *Weirich*, Grundstücksrecht Rdn. 422f.; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 IV 1b; *Stroh*, Grundbuch S. 17; *Zärban*, Vormerkung S. 4f.; *Schönewerk*, Vormerkung S. 22ff.; *J. Baur/Riede*, JuS 1987, 382; unentschieden zwischen § 892 und § 893 BGB *Rimmelpacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 611; wohl auch *Dannecker*, MittBayNotV 1979, 144.

<sup>254</sup> MünchKomm/Wacke, § 883, 65; § 893, 11; *K. Müller*, Rdn. 1156; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 553; *ders.*, AcP 163, 4f.; *Canaris*, JuS 1969, 81; *ders.*, Festschrift für Flume I S. 388f.; *Heck*, Sachenrecht § 47 III 5; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 107; *ders.*, Jura 1981, 361; *Westermann/Eickmann*, § 101 IV 3; *Reinicke*, NJW 1964, 2374; *Furtner*, NJW 1963, 1485; *Knöpfle*, JuS 1981, 165; gänzlich ablehnend früher *Biermann*, Widerspruch S. 190, der freilich für eine gemäß § 894 ZPO erzwungene Vormerkung wegen § 898 ZPO anders entscheiden will – ein kaum plausibles Ergebnis; kritisch zu Recht *Sekler*, Vormerkung S. 138f.: Nach § 894 ZPO kann die Bewilligung auch für eine vorläufige Sicherung ersetzt werden.

<sup>255</sup> *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 26.

<sup>256</sup> *Canaris*, JuS 1969, 81; *ders.*, Festschrift für Flume I S. 388f.; *Wiegand*, JuS 1975, 211; *Reinicke*, NJW 1964, 2374; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 107; *Heck*, Sachenrecht § 47 III 5; *Schönewerk*, Vormerkung S. 68ff., 125ff. (Gesamtanalogie). – Zwar entschied sich der



## b) Die Wirkung der redlich erworbenen Vormerkung

Nicht abgesteckt ist damit die Reichweite des redlichen Erwerbs. Hier lassen sich zwei Lösungen vorstellen: Die Mindermeinung will Schutz lediglich vor vormerkungswidrigen Verfügungen des Nichtberechtigten gewähren; das sei ihr Zweck, darauf sei sie aber auch beschränkt. Dagegen überziehe man die Sicherungswirkung, wenn man ab Erwerb der Vormerkung auch die Interessen des bisherigen Eigentümers außer acht lasse.<sup>257</sup> Nach § 892 Abs. 1 BGB sei – von der hier nicht einschlägigen Ausnahme des § 892 Abs. 2 BGB abgesehen – der redliche Erwerber erst geschützt, wenn die Übertragung beendet sei.<sup>258</sup> Die Frage, ob eine redlich erworbene Vormerkung nicht eine Ausnahme von diesem Prinzip darstellt, ob sie dem Gläubiger nicht bereits eine hinreichend gesicherte Position gewährt, ist damit freilich noch offen. Immerhin könnte es ja Spezifikum der Vormerkung sein, daß sie den Zeitpunkt vorverlegt.

So ist denn auch im Ergebnis der h.M. zu folgen; der redliche Erwerb der Vormerkung antizipiert den Erwerb des Vollrechts.<sup>259</sup> Das liegt nicht schon an § 883 Abs. 2 BGB.<sup>260</sup> Nicht die Eintragung eines Widerspruchs bzw. die Grundbuchberichtigung zugunsten des wirklichen Eigentümers vereiteln die Verfügung; sie ist möglicherweise nicht wirksam, weil es an den Voraussetzungen des redlichen Erwerbs nunmehr fehlt.<sup>261</sup> Auch der Hinweis auf Bedürfnisse der Praxis, die nach

Gesetzgeber gegen die Ausgestaltung als dingliches Recht, aber nur, weil er den Schutz des Gläubigers auch ohne eine solche Stellung als gewährleistet ansah (Prot. III 746 = 4785 f. = Mugdan III 570).

<sup>257</sup> Goetzke/Habermann, JuS 1975, 84, 86; dies., JR 1982, 61 f., die der h.M. einen Zirkelschluß vorhalten; Wiegand, JuS 1975, 212; Knöpfle, JuS 1981, 165 f.; E. Wolf, Sachenrecht § 13 B IV c 2 = S. 591; ausführliche Darstellung bei *Schönewerk*, Vormerkung S. 36 ff.; ebenso schon früher ausführlich *Caro*, JR 1928, 121 ff. (dort S. 118 umfängl. Nachw. zur älteren Literatur); vgl. ferner LG München I MittBayNotV 1979, 170, 171; OLG München MittBayNotV 1979, 172, 173 als Vorinstanzen zu BGH NJW 1981, 447 f., die indes das Problem der Konfusion verkannten; vgl. dazu unten § 6 II 3 c.

<sup>258</sup> Wiegand, JuS 1975, 212.

<sup>259</sup> RGZ 121, 44, 46 f.; BGHZ 28, 182, 187; 57, 341, 343; BGH NJW 1981, 446, 447; Jauernig, § 883, 6 a bb; Palandt/Bassenge, § 885, 3 d bb; StudK/M. Wolf, § 888, 3; AK/B. v. Schweinitz, § 885, 25; Soergel/Baur, § 892, 39; § 893, 8; RGRK/Augustin, § 893, 16; Münch-Komm/Wacke, § 893, 11; Staudinger/Seufert<sup>11</sup>, § 883, 56; Rosenberg, § 892 II 4 e = S. 426; Planck/Strecker, § 883, 3 k; Baur, § 20 III 1 b; Wolff/Raiser, § 48 IV; Schwab, Sachenrecht § 15 VII; Weirich, Grundstücksrecht Rdn. 429; Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 554; ders., AcP 163, 6; Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht Rdn. 645; Wacke, NJW 1981, 1577 f.; Canaris, JuS 1969, 82; ders., Festschrift für Flume I S. 388 f.; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 28 f.; Reinicke, NJW 1964, 2375; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 108 ff.; J. Baur, JZ 1967, 437; Kupisch, JZ 1977, 494; Dannecker, MittBayNotV 1979, 146.

<sup>260</sup> So jedoch RGZ 121, 44, 47; AK/B. v. Schweinitz, § 885, 25; RGRK/Augustin, § 893, 16; Wolff/Raiser, § 48 IV; J. Baur/Riede, JuS 1987, 385.

<sup>261</sup> Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 28; Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht Rdn. 639; J. Baur, JZ 1967, 439; J. Baur/Riede, JuS 1987, 385 (vgl. aber Fn. 260). – Eine andere, hier nicht zu vertiefende Frage ist es, ob die Zustimmung des wirklichen Eigentümers nach § 888 Abs. 1 BGB analog erzwungen werden muß oder nach dem Grundgedanken des § 883

zuverlässigen Sicherungsmitteln für Ansprüche auf Erwerb dinglicher Rechte verlange und die sich auf die h.M. eingestellt habe,<sup>262</sup> trägt das Ergebnis nicht. Bloßes Verkehrsbedürfnis begründet keinen Redlichkeitsschutz, soweit er vom Gesetz nicht wenigstens dem Prinzip nach anerkannt ist.<sup>263</sup> Aussagekräftiger ist bereits das Argument, daß die Vormerkung einem dinglichen Recht weitgehend angenähert ist und verbleibende Lücken daher im Zweifel nach deren Regeln zu schließen sind.<sup>264</sup> Nur diese Ansicht ist letztendlich sachgerecht; die Gegenmeinung läßt den redlichen Erwerb der Vormerkung – obgleich sie ihn prinzipiell anerkennt<sup>265</sup> – mehr oder weniger ins Leere laufen. Schutz gewährt sie nur gegen vormerkungswidrige Zwischenverfügungen des Nichtberechtigten.<sup>266</sup> Bemerkenswert ist daran schon, daß es um die Interessenabgrenzung gegenüber dem Nichtberechtigten geht, während ansonsten der redliche Erwerb die Kollision zwischen den Belangen von Erwerber und bisherigem Eigentümer normiert.<sup>267</sup> Das wäre hier anders; ja die Eintragung einer Vormerkung könnte für den Berechtigten ein Warnsignal sein, mittels eines Widerspruchs seine dingliche Stellung unbeschadet zu retten, obwohl der Gläubiger bereits ein dinglichen Rechten zumindest angenähertes Sicherungsmittel erworben hatte. Selbst der beschriebenen Funktion kann die Vormerkung nicht mehr dienen, wenn der Gläubiger inzwischen von der fehlenden Berechtigung seines Partners erfahren hat. Die Bösgläubigkeit zu provozieren, hat je nach Lage des einzelnen Falles auch der Zwischenerwerber in der Hand – mit der Konsequenz, daß ihm das Eigentum nun nicht mehr entzogen werden kann. Er stünde somit besser als bei einem Erwerb vom Berechtigten; dies zu verhindern war einer der wichtigsten Gründe, derentwegen der redliche Erwerb der Vormerkung zugelassen wird.<sup>268</sup>

---

Abs. 2 BGB darauf verzichtet werden kann; vgl. z. B. *J. Baur*, JZ 1967, 439f. einerseits und *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 30f. andererseits.

<sup>262</sup> BGH NJW 1981, 446, 447; zustimmend *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 111; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 28; *Schönewerk*, Vormerkung S. 50ff.; ebenso schon *Medicus*, AcP 163, 6; *ders.*, Bürgerliches Recht Rdn. 554.

<sup>263</sup> *Rimmelpacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 643; *Goetzke/Habermann*, JuS 1975, 85.

<sup>264</sup> *Canaris*, JuS 1969, 82; *ders.*, Festschrift für Flume I S. 388f.; ausführlich *Schönewerk*, Vormerkung S. 68ff., 125ff.; vgl. auch schon oben § 5 IV 3 a. E. – Das Gegenargument von *Rimmelpacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 640, die ausdrücklich kodifizierten Normen hätten nur das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Auge, nicht jedoch dasjenige zwischen Gläubiger und Eigentümer, wäre ein Grund, den redlichen Erwerb generell nicht zuzulassen (befürwortend jedoch *Rimmelpacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 611), nicht aber eine Erklärung, warum nur der für den guten Glauben relevante Zeitpunkt nicht vorverlegt werden soll.

<sup>265</sup> Den redlichen Erwerb wollen auch die Vertreter der Gegenansicht zulassen; vgl. *Goetzke/Habermann*, JuS 1975, 82; *dies.*, JR 1982, 62; *Wiegand*, JuS 1975, 211; *Knöpfle*, JuS 1981, 165.

<sup>266</sup> *Canaris*, JuS 1969, 82; *Knöpfle*, JuS 1981, 165; *Reinicke*, NJW 1964, 2375; *Goetzke/Habermann*, JuS 1975, 85; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 108.

<sup>267</sup> *Canaris*, JuS 1969, 82; *Schönewerk*, Vormerkung S. 52; vgl. hierzu auch schon oben § 1.

<sup>268</sup> MünchKomm/Wacke, § 883, 65; *ders.*, NJW 1981, 1577f.; AK/B. v. Schweinitz, § 885, 23; *Medicus*, AcP 163, 4; *Kupisch*, JZ 1977, 493.

Das Argument wirkt auf den ersten Blick nicht zwingend: Wäre der Nichtberechtigte Eigentümer gewesen, so hätte der Zwischenerwerber jedenfalls keine gesicherte Stellung erhalten; stets hätte er damit rechnen müssen, aufgrund der Vormerkung sein Eigentum wieder zu verlieren. Die hypothetische Betrachtung hätte Folgen; der Zwischenerwerber kann nicht besser stehen, als wenn er mit dem Eigentümer kontrahiert hätte.<sup>269</sup> Damit verlöre indes die Vormerkung endgültig ihre Funktion. Der Gläubiger wäre erst geschützt, wenn er das Vollrecht erworben hätte, der Zwischenerwerber nie. Redlicher Erwerb der Vormerkung bliebe somit ohne Konsequenzen für den Eigentümer wie für den Gläubiger des gesicherten Anspruchs.

Alles spricht also dafür, den für die Redlichkeit ausschlaggebenden Zeitpunkt auf den Augenblick des Erwerbs der Vormerkung vorzuverlegen. Das Ergebnis ist wertungsmäßig abgesichert. Der Erwerber ist schutzwürdig, weil und soweit er die Gegenleistung – zumindest teilweise – erbracht hat.<sup>270</sup>

### c) Die Vormerkung für künftige Ansprüche

Zu korrigieren ist dagegen die h.A., die den Gläubiger begünstigen will, selbst wenn er seiner Pflicht noch nicht nachgekommen ist, die daneben den Schutz auf Vormerkungen für lediglich künftige Forderungen erstrecken will.<sup>271</sup> Der Erwerb des Vollrechts ist an die zumindest partielle Leistung gebunden.<sup>272</sup> Ein anderes Ergebnis läßt sich insbesondere auch nicht der Zielsetzung der Vormerkung entnehmen. Mag sie neben dem Schutz vor abredewidrigen Zwischenverfügungen auch der Sicherung des redlichen Erwerbers dienen, so doch nur, weil ihre Eintragung ins Grundbuch in aller Regel schneller als diejenige des dinglichen Rechts selbst vorstatten geht. Ihre Wirkung kann nicht weiter reichen, als wenn im fraglichen Zeitpunkt das dingliche Recht eingetragen worden wäre,<sup>273</sup> dessen redlicher Erwerb jedoch an der fehlenden Gegenleistung scheitern müßte. Das eigene Opfer bleibt also auch hier konstitutiv.

---

<sup>269</sup> Vgl. statt aller *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 542. – Zwar geht es hier nicht darum, daß nach hypothetischer Betrachtung die Verfügung unwirksam wäre. Sie könnte jedoch jederzeit vom Vormerkungsberechtigten zu Fall gebracht werden. Der Zwischenerwerber kann also gerade nicht mit der Rechtsbeständigkeit seiner Stellung rechnen, was sich in der fehlenden Schutzwürdigkeit widerspiegelt; a.A. *Hepting*, NJW 1987, 872 f., der den redlichen Zwischenerwerber in derartigen Fällen schützen will.

<sup>270</sup> Als tragendes Interessenargument genannt bei MünchKomm/Wacke, § 893, 11; *ders.*, NJW 1981, 1578; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 644 f.; *Weirich*, Grundstücksrecht Rdn. 429; *Hepting*, NJW 1987, 869 f.

<sup>271</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 222; wie hier im Ergebnis *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 624; *Hepting*, NJW 1987, 872, da er auf die Investition als Schutzgrund abstellt; *ders.*, NJW 1987, 873 hält den Zeitpunkt des Entstehens des gesicherten Anspruchs für entscheidend – der bei der Hypothek mit der Auszahlung zusammenfällt, beim Kauf aber früher liegen kann.

<sup>272</sup> Vgl. oben § 5 IV 1, insbesondere b.

<sup>273</sup> BGHZ 64, 316, 320; *Denck*, NJW 1984, 1012. – In solchen Fällen ist auch ein redlicher Zwischenerwerber nicht geschützt. Jedenfalls nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB analog kann der Eigentümer auf die (noch) unentgeltlich erlangte Vormerkung zugreifen und den Zwischenerwerber aus dem Grundbuch wieder verdrängen.

#### 4. Die Teilleistung des Erwerbers

Bei Teilleistungen ist zu unterscheiden: Unproblematisch läßt sich der Umfang des redlich erworbenen Rechts bestimmen, wenn es aufgespalten werden kann. Die Hypothek etwa entsteht nur in Höhe des ausgezahlten Kredits, der Rest bleibt Eigentümergrundschild.<sup>274</sup> Wird der Erwerber bösgläubig, bevor er das gesamte Darlehen ausgereicht hat, so beschränkt sich der redliche Erwerb auf den Umfang, in dem das Recht bislang übergegangen war. Nicht immer läßt sich so entscheiden. Insbesondere beim Erwerb beweglicher Sachen kann partielle Zahlung nicht etwa Miteigentum zwischen dem bisher Berechtigten und dem Empfänger begründen. Das entspräche weder der Konzeption des Gesetzes noch den beiderseitigen Interessen: Könnte doch die Aufhebung der Gemeinschaft nach § 753 BGB nur mittels Teilung durch Verkauf erfolgen. Eine pauschalierende Lösung ist daher nicht zu vermeiden.<sup>275</sup> Der Erwerber ist zu schützen, sobald er die erste Rate beglichen hat<sup>276</sup> – ein Ergebnis, dessen Übereinstimmung mit den Regeln des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB bei partiell unentgeltlichem Erwerb<sup>277</sup> die gemeinsame Basis betont.

#### V. Die Entgeltlichkeit des Erwerbs als durchgängige Voraussetzung für den Schutz des Erwerbers

Die Kategorien des Rechtsgeschäfts und des Verkehrsgeschäfts haben sich als untauglich erwiesen, die ihnen zugedachte Funktion rational zu erfüllen – wenngleich in unterschiedlicher Richtung: Während jenes den Schutzbereich der Redlichkeitsnormen zu sehr einschränkt, stellt dieses lediglich eine Leerformel dar, die man ad hoc auszufüllen hat, ohne daß sich aus dem Begriff handfeste Hinweise ergäben. Damit ist die Tendenz aufgezeigt, in die der Begriff der Unentgeltlichkeit wirkt: Trotz Übergangs von Gesetzes wegen vermag er den Erwerb als schutzwürdig auszuweisen; das übersieht die h.M. in ihrer zu sehr auf den Wortlaut fixierten Auslegung. Umgekehrt nützt auch ein Erwerb auf rechtsgeschäftlichem Wege nichts, wenn es an der Gegenleistung fehlt. Der Schlüsselbegriff der Entgeltlichkeit füllt regelmäßig den wenig durchsichtigen Topos des Verkehrsgeschäfts auf.

Zu guter Letzt verfehlt eine auf den Abschluß des dinglichen Vertrages verengte Sicht den Interessenausgleich zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber. Erst

<sup>274</sup> Vgl. z. B. MünchKomm/Eickmann, § 1163, 20; Weirich, Grundstücksrecht Rdn. 631.

<sup>275</sup> Vgl. zum Parallelproblem des „Verkehrsgeschäfts“ bei partieller Identität der beteiligten Personen die Nachw. unten Fn. 483. – Redlicher Erwerb eines (angeblichen) Miteigentumsanteils ist damit nicht zu vergleichen; dort wollen die Parteien von vornherein nur eine Quote übertragen.

<sup>276</sup> Deswegen ist BGHZ 10, 69ff. vom Ergebnis, wenn auch nicht von der Begründung her zu folgen; der Erwerber hatte dort bereits einen Teil des Kaufpreises beglichen, solange er noch redlich war; vgl. BGHZ 10, 69, 70.

<sup>277</sup> Vgl. oben § 5 I 4 a.

die tatsächlich erbrachte eigene Investition trennt den schutzwürdigen vom nicht schutzwürdigen Erwerb.

Die Besinnung auf die Entgeltlichkeit als maßgebendes Kriterium vermag zunächst lediglich die Entscheidung über die Frage zu treffen, ob und inwieweit der Erwerber das Privileg verdient; konstruktive Probleme der Lösung müssen gesondert erörtert werden.<sup>278</sup>

### 1. Der Maßstab der Entgeltlichkeit

Daß der Begriff der eigenen Leistung in Anlehnung an § 816 Abs. 1 BGB zu präzisieren ist, leuchtet unmittelbar ein. Der Vergleich zwischen dem Alleinerben, der mangels Rechtsgeschäfts nicht Eigentümer einer dem Erblasser nicht gehörenden Sache werden soll, dem Miterben, dessen Erwerb bei der Übernahme des Gegenstandes von der Erbengemeinschaft die h.M. am fehlenden Verkehrsgeschäft scheitern läßt, und dem Vermächtnisnehmer, der die Sache gemäß § 816 Abs. 1 S. 2 BGB zurückzuerstatten hat,<sup>279</sup> veranschaulicht nicht nur die Fungibilität der Kategorien, sondern auch die Notwendigkeit eines einheitlichen materiellen Maßstabs.

#### a) Die paradigmatische Rolle des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

Im Grundsatz reicht jede Investition für den Erwerb aus, soweit sie mit ihm synallagmatisch, konditional oder kausal verknüpft ist, namentlich die Bewilligung eines Kredits gegen die Bestellung eines dinglichen Rechts.<sup>280</sup> Außer Betracht bleiben bloße Erwerbs- und Folgekosten.<sup>281</sup> Die Verwaltungstätigkeit eines uneigennütigen Treuhänders vermag zwar einen eigenständigen Provisionsanspruch zu begründen, vergütet hingegen nicht die Übereignung des Gegenstandes. Divergenzen im Wert der gegenseitigen Pflichten durchkreuzen wie bei der gemischten Schenkung den Erwerb nicht. Der Unteilbarkeit der Sache wegen bedarf es einer pauschalierenden Lösung. Ab Tilgung der ersten Rate setzt das Privileg ein,<sup>282</sup> freilich erst mit dieser.<sup>283</sup>

#### b) Die fehlende Zugriffsmöglichkeit des Erwerbers auf den Erlös

Das Engelt muß der Verfügungsgewalt des redlichen Erwerbers tatsächlich entzogen sein. Sofern er darauf, wenngleich auf Umwegen, wieder zugreifen kann, wird die Gegenleistung aus seinem Vermögen nicht effektiv abgezogen, redlicher Erwerb mangels eigener Investition nicht hinreichend legitimiert. In der „wirtschaftlichen Identität“ steckt somit ein richtiger Kern, der jedoch erst noch entfaltet werden muß. Der Akzent liegt nicht auf einer Einebnung der Grenzen zwischen zwei

<sup>278</sup> Vgl. dazu § 6.

<sup>279</sup> Vgl. die Gegenüberstellung der Fälle bei *Wacke*, Jura 1986, 435 ff.

<sup>280</sup> Vgl. oben § 5 I 2.

<sup>281</sup> Vgl. oben § 5 I 1.

<sup>282</sup> Vgl. oben § 5 I 4 a.

<sup>283</sup> Vgl. oben § 5 I 3 und IV.

Rechtssubjekten, sondern auf der Zugriffsmöglichkeit des Erwerbers auf seine Leistung. Das Opfer entpuppt sich als nur vorläufig.

## 2. Redlicher Erwerb trotz Übergangs kraft Gesetzes

Trotz des Übergangs durch Gesetz ist der Erwerber demzufolge in einer Reihe von Fällen abgesichert.

### a) Beispiele

So liegt es beim gesetzlichen Pfandrecht des Werkunternehmers, bei der Vormerkung – einerlei ob sie vom Nichtberechtigten bewilligt<sup>284</sup> oder die angeblich gesicherte Forderung zediert wird<sup>285</sup> –, es gilt für die dingliche Surrogation nach den §§ 1075, 1287 BGB,<sup>286</sup> nicht jedoch nach § 848 Abs. 2 ZPO,<sup>287</sup> schließlich für die im Interesse des Kunden zwingend normierten Tatbestände des Bankrechts, etwa der §§ 18 Abs. 3, 24 Abs. 2 S. 1 DepotG oder § 6 Abs. 1 KAGG.<sup>288</sup>

### b) Insbesondere: Die Tilgung und Ablösung dinglicher Rechte

Differenzierter Analyse bedarf die Tilgung und Ablösung dinglicher Rechte.

(1) Leisten die zur Ablösung Berechtigten – man denke an die §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1173 bzw. 268, 1150, 1164, 1174, 1182, 1249 BGB –, gehört dem Empfänger das im Grundbuch vermerkte Recht aber nicht, so steht redlichem Erwerb grundsätzlich nichts im Weg. Entgegen einem gängigen Mißverständnis liegt das nicht schon am rechtsgeschäftlichen Charakter der Erfüllung der dinglichen Schuld, die wegen § 893 Fall 1 BGB auch dem Nichtberechtigten gegenüber erfolgen kann.<sup>289</sup> Wie bei der Ablösung durch Zahlung an den berechtigten Gläubiger ist das Erlöschen der Schuld vom Übergang der Forderung und der daran gekoppelten Hypothek gemäß den §§ 268 Abs. 3, 401, 412, 1153 BGB zu sondern. Bereits der Wortlaut des § 893 Fall 1 BGB dokumentiert die Begrenzung der Norm auf die Tilgung des dinglichen Anspruchs,<sup>290</sup> sie besagt damit nichts über einen von der Erfüllungswirkung abzu-

<sup>284</sup> Zur erzwungenen Vormerkung vgl. unten § 5 V 5 c.

<sup>285</sup> Die Forderung muß dem Zedenten zustehen; in dieser Hinsicht gibt es keinen Redlichkeitsschutz. Da die Forderung mit der ersten Abtretung verlorengeht, kann es entgegen MünchKomm/Wucke, § 883, 66 mit Fn. 203 nicht zum Problem widersprüchlicher Verfügungen kommen, die nach dem Prinzip der Priorität der Eintragung der Zessionare zu lösen wären. – Konstitutiv ist auch die Eintragung; vgl. unten § 10 II 6.

<sup>286</sup> Vgl. schon oben § 5 II 3 f (3).

<sup>287</sup> Vgl. dazu unten § 5 V 5 b (4).

<sup>288</sup> Vgl. zu diesen Fällen schon oben § 5 II 2.

<sup>289</sup> So indes KG OLGE 18, 110, 111; Palandt/Bassenge, § 1150, 4; Rosenberg, § 892 II 3 b = S. 416 mit umfangr. Nachw.; Planck/Strecker, § 892 II 1 d mwN.; Staudinger/Gursky, § 892, 68; nach der Tatsache, ob auf die dingliche oder bloß auf die obligatorische Schuld gezahlt wird, differenzierend ders., § 893, 4; Staudinger/Scherübl, § 1150, 22; Westermann/Eickmann, § 122 V 2; Wolff/Raiser, § 45 I 2 b; Hachenburg, Vorträge S. 181; Faß, Hypothekengläubiger S. 116; Fuchs, Grundbuchrecht I § 1164, 7 geht jedenfalls zu weit, wenn er auch Erlöschen der obligatorischen Schuld verfiicht.

<sup>290</sup> Rimmelspacher, WM 1986, 810.

hebenden Wechsel der dinglichen Forderung und Hypothek. Dieser ist gesetzlicher Natur und müßte einem streng durchgehaltenen Postulat, redlicher Erwerb beschränke sich auf Verfügungen durch Rechtsgeschäft, Tribut zollen.<sup>291</sup> Die h.M. sieht sich denn auch veranlaßt, weiter auszuholen. Die Übertragung spiele sich zwar von Gesetzes wegen ab, dennoch sei zu beachten, daß der Vorgang, der zu diesem Übergang führe, rechtsgeschäftlicher Art sei. Überall dort, wo der Voraustatbestand unter den Schutz des Erwerbs vom Nichtberechtigten falle, trete auch der als Folge daran geknüpfte Übergang ein.<sup>292</sup>

Das Ergebnis ist zweifelsohne richtig. Doch präziser als die schiefe Argumentation mit § 893 Fall 1 BGB oder der in seinen Umrissen diffuse Rückgriff auf den mittelbar rechtsgeschäftlichen Erwerb<sup>293</sup> erklärt der Gedanke der Investition Grund und Umfang des Erwerberschutzes. Der Ablösende leistet, um die für ihn nachteilige Zwangsverwertung des Sicherungsgegenstandes abzuwenden, „kauft“ damit, wirtschaftlich gesehen, dem vermeintlichen Gläubiger die Hypothek ab.<sup>294</sup> Durch § 1150 BGB stellt ihn das Gesetz vom Einverständnis des Gläubigers frei, konzidiert eine direkte Befugnis zur Übernahme, will seine Stellung stärken, nicht schwächen.<sup>295</sup>

Dieser Einsicht verschließt sich, wer den redlichen einredefreien Erwerb nach § 1157 S. 2 BGB an der Tatsache scheitern lassen will, daß das Gesetz selbst das dingliche Recht auf den Ablösungsberechtigten übertrage.<sup>296</sup> Die Parallele zur Verkehrshypothek, bei der sich der Anknüpfungspunkt – lediglich konstruktiv bedingt – auf § 1143 BGB verlagert, wird nicht bemerkt, von einer Rechtfertigung der divergierenden Lösung ganz zu schweigen. Worin soll der Unterschied liegen, wenn einmal der nachrangige Gläubiger an einen vermeintlichen Inhaber der vorrangigen

<sup>291</sup> So denn auch die Lösung von RGRK/*Augustin*, § 892, 38; v. *Tuhr*, II 1 S. 166.

<sup>292</sup> *Jauernig*, § 1143, 2a; § 1150, 3; *Erman/Räfle*, § 1150, 5; *Baur*, § 38 IX 4; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 124; *Rimmelpacher*, WM 1986, 810; *Reinicke/Tiedtke*, WM 1986, 817; ähnlich *dies.*, WM 1986, 816; unklar die dogmatische Einordnung bei *Soergel/Baur*, § 1150, 11; MünchKomm/*Eickmann*, § 1150, 29; differenzierend zwischen dem Erwerb des dinglichen Rechts und seinem einredefreien Erwerb wohl *Staudinger/Scherübl*, § 1150, 20 iVm. § 1157, 10 (vgl. dazu Fn. 302).

<sup>293</sup> Vgl. schon oben § 5 II 3 d (4), auch Fn. 105.

<sup>294</sup> *Canaris*, NJW 1986, 1489; das Argument nennen auch *Staudinger/Gursky*, § 892, 68 und v. *Tuhr*, II 1 S. 166 Fn. 137. Beide wollen aber den Ablösenden im Gegensatz zum Käufer nicht schützen.

<sup>295</sup> Vgl. etwa *Canaris*, NJW 1986, 1489; wohl auch *Soergel/Baur*, § 1150, 1; allgemein zum Zweck von Ablösungsbefugnissen *Larenz*, I § 14 III. – Auch der historische Gesetzgeber wollte – mag auch der Akzent auf der Möglichkeit gelegen haben, die Zwangsversteigerung zu verhindern – mit dem automatischen Übergang die Position des Ablösenden stärken (vgl. hierzu die Darstellung bei *Rimmelpacher*, WM 1986, 810, 812, sowie oben § 5 II 3 f (2) mit Fn. 134). Zustimmend zur Ansicht von *Canaris Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 547.

<sup>296</sup> BGH NJW 1986, 1487, 1488; *Palandt/Bassenge*, § 1157, 3; MünchKomm/*Eickmann*, § 1157, 18 (anders nunmehr *Westermann/Eickmann*, § 122 V 2); *Staudinger/Scherübl*, § 1157, 10; wohl auch *Erman/Räfle*, § 1157, 4; ablehnend *Canaris*, NJW 1986, 1488 f.; *Rimmelpacher*, WM 1986, 810 ff.; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 505; zur Begründung des BGH auch *Reinicke/Tiedtke*, WM 1986, 816 (vgl. dazu noch unten § 5 V 2 b (2)).

Grundschild leistet, das andere Mal an den wirklichen Gläubiger, dem der Eigentümer jedoch die Einrede des § 1169 BGB entgegenhalten kann?<sup>297</sup> Nicht besser ist es um die Grenzziehung zur Zession des gesicherten Anspruchs nach den §§ 1154, 1138 BGB mit seinen signifikant andersartigen Rechtsfolgen bestellt.

Die These, wegen der fehlenden Verweisung des § 1157 S. 2 BGB auf § 893 BGB genieße der Ablösende das Privileg redlichen Erwerbs nicht,<sup>298</sup> setzt ebenso am falschen Punkt an wie das Plädoyer, die versehentlich lückenhaft ausgeformte Vorschrift um § 893 BGB zu ergänzen oder mit einer Analogie zu den §§ 893, 1138 BGB zu helfen.<sup>299</sup> Wie stets sind die Tilgung der dinglichen Schuld und das Schicksal des dinglichen Rechts auseinanderzuhalten, was hier besonders ins Auge springt: Die Erfüllung des Anspruchs determiniert keineswegs den Umfang, in dem der Zahlende mit Einreden des Schuldners gegen den bisherigen Gläubiger konfrontiert werden kann. Nicht die Wirksamkeit einer – regelmäßig gar nicht durch § 893 Fall 1 BGB vermittelten – Tilgung ist umstritten, sondern der einredefreie Übergang von dinglicher Forderung und Grundschild. Diese Frage beantwortet § 1157 S. 2 BGB iVm. dem dort unbezweifelbar zitierten § 892 BGB.<sup>300</sup>

(2) Versuche, den Geltungsbereich des Redlichkeitsschutzes einzugrenzen, die das System als solches indes nicht in Frage stellen könnten, setzen folgerichtig bei einer restriktiven Interpretation des § 893 Fall 1 BGB an. Die Norm sei nur betroffen, wenn das Recht tatsächlich in der Hand eines Dritten existiere, gleichwohl nicht demjenigen zustehe, den etwa das Grundbuch ausweise. Bestehe die dingliche Last dagegen überhaupt nicht oder nur als Eigentümergrundschild, so könne sie durch die Leistung des Ablösungsberechtigten nicht begründet werden.<sup>301</sup> Das strahle auf Einreden aus, die ihrer Rechtsnatur nach nur dem Eigentümer zuständen. Sie seien wie das Eigentümerrecht gutgläubensresistent.<sup>302</sup> Redlicher Erwerb sei auf Fälle reduziert, in denen sich die Betroffenen statt dessen auf rechtsgeschäftlichen Übergang verständigten.<sup>303</sup>

<sup>297</sup> Beispiel von *Rimmelspacher*, WM 1986, 810.

<sup>298</sup> MünchKomm/Eickmann, § 1157, 18 (anders nunmehr *Westermann/Eickmann*, § 122 V 2); *Staudinger/Scherübl*, § 1157, 10; mit anderer Zielrichtung (analoge Anwendung des § 893 BGB) noch *ders.*<sup>11</sup>, § 1157, 7; *Faß*, Hypothekengläubiger S. 116.

<sup>299</sup> *Rimmelspacher* WM 1986, 810ff.

<sup>300</sup> *Canaris*, NJW 1986, 1489. – Dementsprechend wurde in BGH NJW 1986, 1487f. nicht um die Tilgung gestritten, sondern um das Fortwirken der Einrede, der Gläubiger habe zunächst Befriedigung im anderen Miteigentumsanteil zu suchen.

<sup>301</sup> *Reinicke/Tiedtke*, WM 1986, 818, 819 unter Hinweis auf eine recht pauschal ausgefallene Formulierung bei *Staudinger/Gursky*, § 893, 2.

<sup>302</sup> *Reinicke/Tiedtke*, WM 1986, 819f. – In ähnliche Richtung zielt das Argument von *Staudinger/Scherübl*, § 1157, 10, § 893 BGB beschränke sich auf das Verhältnis zwischen dem Ablösenden und dem Scheingläubiger, der einredefreie Erwerb scheitere am gesetzlichen Erwerb, der keinen Redlichkeitsschutz kenne. Zu Ende gedacht, läuft das auf einen Ausschluß des redlichen Erwerbs gegenüber dem Eigentümer hinaus (vgl. zu diesem Argument *Scherübl* auch *Rimmelspacher*, WM 1986, 811).

<sup>303</sup> *Reinicke/Tiedtke*, WM 1986, 818, 820.



Ergebnis wie Deduktion bleiben vordergründigen Argumenten verhaftet. Die Rubrizierung als rechtsgeschäftlicher versus gesetzlicher Übergang hat ihre Trennschärfe eingebüßt, wenn der Vergleichsfall, der Erwerb eines tatsächlich existenten, nicht dem Eingetragenen gehörenden Rechts von Gesetzes wegen erfolgt und gleichwohl Redlichkeitsschutz reklamieren kann.<sup>304</sup> Die Prämisse übersieht oben-drein § 1138 BGB. Die Vorschrift muß mit § 893 Fall 1 BGB gekoppelt werden, kann doch erst sie erläutern, daß und warum der dingliche Anspruch des wahren Hypothekars durch Zahlung an den Buchberechtigten erlischt.<sup>305</sup> Andererseits überbrückt sie das gänzliche Fehlen einer dinglichen Forderung<sup>306</sup> – eine Funktion, die auch bei der Verfügung über die Hypothek nach § 1154 BGB zum Tragen kommt. § 1138 BGB schützt nicht nur den Zessionar einer dem Abtretenden nicht zustehenden, sondern auch den Abtretungsempfänger einer nicht existenten dinglichen Forderung.

(3) Es mag Fälle geben, in denen der Zahlende nur die persönliche Forderung tilgen will. Die h.M. glaubt, dies sei regelmäßig die Intention des vom Eigentümer verschiedenen Schuldners.<sup>307</sup> Damit dürfte sie den Interessen der Beteiligten nicht hinlänglich gerecht werden. Folge einer solch undifferenzierten These sind Unterschiede je nachdem, ob der Schuldner die gesicherte Forderung dem Gläubiger gegenüber begleicht oder von diesem die Hypothek erwirbt. Hat er, etwa gemäß § 415 Abs. 3 BGB, einen Rückgriffsanspruch gegen den Eigentümer, wäre einmal redlicher Erwerb möglich, das andere Mal nicht.<sup>308</sup> Tragfähige Kriterien hierfür sind nicht auszumachen. Um nicht zufälligen Ergebnissen Vorschub zu leisten, um nicht die Position des rückgriffsberechtigten Schuldners zu untergraben, sollte die h.M. einer die Sicherungsbelange intensiver bedenkenden Betrachtungsweise Platz machen.

Daß der Schuldner regelmäßig nur auf das obligatorische Schuldverhältnis zahle, weswegen bei § 1164 BGB der Voraustatbestand des § 893 BGB keine Wirkung entfalten könne,<sup>309</sup> rechtfertigt die h.M. schon deshalb nicht, weil die Erfüllung aufgrund anderer Vorschriften eintreten kann – man denke nur an § 409 BGB –, was gemäß § 1164 BGB zur gesetzlichen Forderungsauswechslung führt.<sup>310</sup> § 893 BGB

<sup>304</sup> Vgl. die Lösung von *Reinicke/Tiedtke*, WM 1986, 816.

<sup>305</sup> *Rimmelspacher*, WM 1986, 811.

<sup>306</sup> Vgl. etwa *Baur*, § 38 IX 4 Beispiel 2 und 3; *Rimmelspacher*, WM 1986, 810 Fn. 8.

<sup>307</sup> Vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 893, 2; *Erman/Hagen*, § 893, 1; *RGRK/Augustin*, § 893, 6; *MünchKomm/Wacke*, § 893, 4; *Staudinger/Scherübl*, § 1164, 8; *Staudinger/Gursky*, § 892, 68; vorsichtig *ders.*, § 893, 4: „Faustregel“; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d mwN.; *Westermann/Eickmann*, § 122 V 3; *Baur*, § 38 IX 4, der das Ergebnis als „unbefriedigend“ bezeichnet.

<sup>308</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 68 will einen zusätzlichen Übertragungsakt für unbeachtlich erklären, entscheidet sich aber § 893, 4 anders: Es komme darauf an, worauf gezahlt worden sei. Dies ist jedoch in solchen Fällen stets das dingliche Recht, was nach *Staudinger/Gursky*, § 892, 68 doch den Übergang der Hypothek nach sich ziehen soll.

<sup>309</sup> So die Begründung der h.M.; vgl. die Nachw. in Fn. 307.

<sup>310</sup> *RGZ* 81, 71, 75 f.; 129, 27, 30; 131, 154, 157; *MünchKomm/Eickmann*, § 1164, 11; *Staudinger/Scherübl*, § 1164, 19 mwN.; *Westermann/Eickmann*, § 121 III 2.

ist hier wie stets ein irreführender Ansatz. Die Hypothek geht nach § 892 BGB über, soweit der persönliche Schuldner die Investition durch Rückzahlung der Forderung erbracht hat.

Gleiches gilt für Bürgen und Gesamtschuldner eines dinglich gesicherten Anspruchs. Ihr Sicherungsinteresse legt es ebenso wie dasjenige des Schuldners, der vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, nahe, die Tilgung nicht auf die obligatorische Schuld zu begrenzen, sondern auf die dingliche Forderung zu erstrecken.<sup>311</sup> Sie geht mit Erfüllung über<sup>312</sup> und zieht das sie sichernde Recht nach, unabhängig von der Frage, daß und ob die Tilgung speziell durch § 893 Fall 1 BGB vermittelt wird. Unentgeltlichkeit verbunden mit fehlendem Schutzbedürfnis reduziert sich auf wenige besonders gelagerte Umstände. So erwirbt ein Bürge durch Zahlung der Forderung die dingliche Sicherheit regelmäßig nicht, wenn er seine Verpflichtung übernommen hatte, bevor es dem Gläubiger gelungen war, den Dritten zur Einräumung der Hypothek zu bewegen. Deren Existenz konnte der Bürge gerade nicht voraussetzen; er käme ohne spezielle Gegenleistung in ihren Genuß.<sup>313</sup>

(4) Nicht damit verwechseln darf man die Rechtslage, wenn der später Zahlende selbst als Bucheigentümer die Hypothek bestellt hatte. Er hat jedenfalls per saldo nichts geleistet, was ihn als schutzwürdig ausweisen könnte: War er doch nach der Bestellung gemäß § 816 Abs. 1 BGB verpflichtet, für die Beseitigung der Hypothek zu sorgen.<sup>314</sup> So mündet das Problem in dasjenige des Rückerwerbs vom Nichtberechtigten.<sup>315, 316</sup>

<sup>311</sup> A. A. *Palandt/Bassenge*, § 893, 2; *Erman/Hagen*, § 893, 2; *RGRK/Augustin*, § 893, 6; *MünchKomm/Wacke*, § 893, 4; *Staudinger/Gursky*, § 892, 68; *Westermann/Eickmann*, § 122 V 3; *Baur*, § 38 IX 4 Beispiel 4, die glauben, der Bürge zahle nur auf die schuldrechtliche Forderung, nicht auf das dingliche Recht; differenzierend *Staudinger/Gursky*, § 893, 4: Zahlung normalerweise nur auf die obligatorische Schuld.

<sup>312</sup> Zum Umfang des Übergangs vgl. statt aller *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 939ff. mwN.

<sup>313</sup> Vgl. schon oben § 5 I 2 mit Fn. 16. Ob das beim Erwerb vom Berechtigten genauso zu sehen ist, mag wegen des Rechtsgedankens des § 776 S. 2 BGB zweifelhaft sein, kann aber hier dahinstehen; vgl. dazu etwa *Hueck/Canaris*, § 12 IV 3c.

<sup>314</sup> *MünchKomm/Lieb*, § 816, 39; *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 ddd = S. 298f.; v. *Caemmerer*, Festschrift für Lewald S. 449, 451; *Schlechtriem*, Symposium König S. 68; *Schuler*, NJW 1962, 2333; abweichend, aber das Ergebnis insoweit offen lassend, *Erman/H. P. Westermann*, § 816, 19. Zu denken ist daneben an § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB (vgl. dazu unten § 6 II 1c). – Angesichts der weitgehenden Einigkeit über die Beseitigungspflicht mag dahingestellt bleiben, ob vorher die Darlehensvaluta (so etwa RGZ 158, 40, 47; *MünchKomm/Lieb*, § 816, 40f.; *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 ddd = S. 298f.) oder die Kreditunterlage (so v. *Caemmerer*, Festschrift für Lewald S. 452) herauszugeben ist. – Die Grundsätze gelten schließlich auch bei Bestellung einer Hypothek durch einen Buchberechtigten zur Sicherung der Forderung gegen Dritte (vgl. etwa *MünchKomm/Lieb*, § 816, 43; *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 ddd = S. 299; ähnlich v. *Caemmerer*, Festschrift für Lewald S. 452f.).

<sup>315</sup> Vgl. dazu unten § 6 I 3, II 1. – Das Pfandrecht an beweglichen Sachen erlischt durch die Zahlung des (nichtberechtigten) Verpfänders. Fraglich kann nur sein, wem die Sache herausgegeben werden muß (hierzu BGHZ 73, 317, 321, 323).

<sup>316</sup> Nicht eigentlich hierher gehört der Erwerb dessen, der zugunsten eines vermeintlichen Rechts ablöst. So möge der zweitrangige Scheinhypothekar die erstrangige Hypothek bezah-

## c) Insbesondere: Der rücklaufende Wechsel

Wer als Wechselverpflichteter einen Wechsel bezahlt hat, kann sich gemäß Art. 47 Abs. 3 WG an seine Vormänner halten. Wie und mit welchem Inhalt die Forderung auf den Einlösenden übergeht, ist Gegenstand einer bekannten Kontroverse. Nach der Anweisungs- und Offertentheorie, aber auch nach der Bedingungstheorie rückt der Rückgriffsberechtigte in seine alte Rechtsstellung ein.<sup>317</sup> Die heute wohl herrschende Abtretungstheorie nimmt dagegen eine Überleitung kraft Gesetzes an.<sup>318</sup> Wie man auch immer zu den unterschiedlichen Ansichten steht, eines dürfte im wesentlichen unproblematisch sein. Der Forderung folgt der Wechsel kraft Gesetzes.<sup>319</sup> Das hätte bei einer nach Art. 40 Abs. 3 WG befreienden Zahlung an einen Nichtberechtigten die fatale und von der h. M. letztendlich vermiedene<sup>320</sup> Folge, daß

---

len. Die Meinungen sind hier geteilt (den redlichen Erwerb bejahen z.B. *Palandt/Bassenge*, § 1150, 4; *MünchKomm/Eickmann*, § 1150, 29; *Heck*, Sachenrecht § 44 II 4; *Westermann/Eickmann*, § 122 V 4; ihn verneinen etwa *Jauernig*, § 1150, 3 a; *Soergel/Baur*, § 1150, 11; *Baur*, § 38 IX 4; *Wolff/Raiser*, § 140 V 1 Fn. 16). Formal reduziert sich das Problem auf die Unterscheidung, ob die Forderung – damit das Sicherungsrecht – auf den Dritten übergeht oder lediglich ein Rückgriffsanspruch etwa nach § 812 BGB – der das Sicherungsrecht nicht mitzieht – entsteht, wie das regelmäßig bei § 267 BGB der Fall ist (*MünchKomm/Keller*, § 267, 15 mwN.). Interessengerechter dürfte es sein, auch im zweiten Fall die Zessionsregeln analog heranzuziehen, hat doch der Schuldner – von § 399 BGB abgesehen – keinerlei Gewähr dafür, daß der Gläubiger den Anspruch nicht abtritt (vgl. etwa *Gernhuber*, Erfüllung § 21 I 10, der damit die analoge Anwendung der §§ 404 ff. BGB begründet). Umgekehrt erleidet der Gläubiger keine Einbuße. Es kommt hinzu, daß eine Abtretung konkludent vorgenommen werden kann (vgl. etwa KG NJW 1973, 56, 57, wenn auch im konkreten Fall ablehnend). Es ist daher im Regelfall für eine analoge Anwendung des § 401 BGB oder eine Abtretung ermittelt durch ergänzende Auslegung zu plädieren. Die Art der Übereignung – durch Rechtsgeschäft oder von Gesetzes wegen – spielt erneut keine Rolle.

<sup>317</sup> Vgl. z.B. *Harms*, Wertpapierrecht S. 84; für die Offertentheorie z.B. die Darstellung bei *Pflug*, Wechsel S. 6 ff.; für die Bedingungstheorie die Darstellung bei *Pflug*, Wechsel S. 41 ff. sowie *Quassowski/Albrecht*, Art. 14, 6; *Stranz*, Art. 14, 9 jeweils mwN. und eingehender Kritik. Mißverständlich ist es, wenn *Hueck*, Wertpapierrecht<sup>12</sup> S. 53 und *Harms*, Wertpapierrecht S. 84 das Wiederaufleben des Anspruchs aus dem Wechsel vom Rückerwerb des Wechsels abhängig machen. Damit befindet man sich in einem Zirkel; der Wechsel steht dem Einlösenden nur zu, wenn die Forderung übergegangen oder er in sie wieder eingerückt ist.

<sup>318</sup> BGH WM 1971, 376; 1975, 50; *Hueck/Canaris*, § 8 II 3; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 II; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 14, 4; *Ulmer*, Wertpapierrecht S. 264; *Pflug*, Wechsel S. 51 f.; wohl auch *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht S. 65, 79.

<sup>319</sup> BGH WM 1971, 376; *Hueck/Canaris*, § 12 IV 3 vor a; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 17 II 1; *Richardi*, § 21 VI; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 14, 4 iVm. WPR Rdn. 43; WG Art. 39, 3; 50, 2; *Ulmer*, Wertpapierrecht S. 263, 265 (auf dem Boden der Lehre der latenten Anwartschaft); *Erman/Hefermehl*, § 952, 6; *Staudinger/Gursky*, § 952, 5; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 596; a. A. *RGRK/Steffen*, § 797, 8, der zusätzlich Übergabe der Urkunde fordert; zur Problematik der Offerten- und Bedingungstheorie vgl. aber Fn. 317.

<sup>320</sup> *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 17 IV 2, der allerdings fehlerhaft das Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts untersucht; *Richardi*, § 21 VI, der bestreitet, daß es sich hierbei um ein Problem des Redlichkeitsschutzes handelt, seine Ansicht aber nicht präzisiert, insbesondere keine andere Erklärung für den Wechselrücklauf bietet.

das Papier mangels eines Rechtsgeschäfts nicht redlich erworben werden könnte und strenggenommen der gesamte Rückgriff gefährdet wäre; stünde das Recht am Papier dem Einlösenden doch gerade nicht zu. Die Beschränkung des redlichen Erwerbs zu rechtfertigen fiele schwer. Umgekehrt wird ein weiteres Mal evident, daß das Gesetz nur anordnet, was redliche Partner ohnedies vereinbaren würden, was jedenfalls zum Schutz des Einlösenden unabdingbar ist.<sup>321</sup> Um auf die Vormänner zugreifen zu können, muß der Einlösende nicht nur Inhaber der Forderung, sondern auch Eigentümer des Papiers werden.<sup>322</sup> Knüpft das Gesetz an die Zahlung Befreiungswirkung, selbst wenn der Empfänger nicht Inhaber des Wechsels sein sollte, so ist der Übergang des Papiers wie in den Parallelfällen der Ablösung dinglicher Rechte nur die konsequente Fortentwicklung. Art. 20 Abs. 1 S. 2 WG steht nicht entgegen. Der Verkehr soll zwar in der Regel davon absehen, einen notleidenden Wechsel zu erwerben. Das gilt aber nicht für den, der guten Glaubens der Auffassung ist, er sei zur Einlösung verpflichtet, deshalb zahlt und das Papier für den Rückgriff benötigt.<sup>323</sup> Der Einlösende hat für den Erwerb ein Opfer erbracht, vergleichbar der Situation, in der er den Wechsel dem scheinbar Berechtigten abgekauft und dieser das Papier an ihn indossiert hatte.<sup>324, 325</sup>

#### d) Fälle des unentgeltlichen Erwerbs

Natürlich bleibt eine breite Palette gesetzlicher Erwerbstatbestände übrig, die nicht von den Redlichkeitsvorschriften umfaßt sind. Beispielhaft genannt seien die Aneignung nach § 928 Abs. 2 BGB<sup>326</sup> und § 958 BGB,<sup>327</sup> der Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus,<sup>328</sup> der Eigentumsübergang bei einer Eingemeindung<sup>329</sup> und vergleichbare Tatbestände. In all diesen Fällen erbringt der Erwerber keine Investition; darum hat es mit der unangetasteten Stellung des bisher Berechtigten sein Bewenden.

<sup>321</sup> Zöllner, Wertpapierrecht § 17 IV 2; Hueck/Canaris, § 12 IV 4 spricht von mittelbar rechtsgeschäftlichem Erwerb.

<sup>322</sup> Vgl. z.B. Jacobi, Wechselrecht S. 809.

<sup>323</sup> Hueck/Canaris, § 12 IV 4.

<sup>324</sup> Zum Problem des Einwendungsausschlusses vgl. unten § 6 II 2 c (3).

<sup>325</sup> Die weitere Frage, ob der in Wirklichkeit gar nicht zur Zahlung Verpflichtete einen Rückgriffsanspruch mit der automatischen Folge des Übergangs des Wechsels auf den Einlösenden erwirbt (bejahend Zöllner, Wertpapierrecht § 17 IV 1; ablehnend Hueck/Canaris, § 12 IV 3 c), bestimmt sich nach den in Fn. 316 genannten Kriterien.

<sup>326</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 167. – Nebenfolge ist, daß es auf den innerhalb der h. M. schwelenden Streit, wie die Aneignung einzuordnen sei, nicht ankommt.

<sup>327</sup> MünchKomm/Quack, § 958, 26. Das ergibt sich auch aus § 958 Abs. 2 BGB, der redlichen Erwerb ausdrücklich verhindert. – Ob die Sache weiterhin herrenlos bleibt (so z.B. MünchKomm/Quack, § 958, 26) oder in das Eigentum des Aneignungsberechtigten übergeht (so Baur, § 53 f III 2), spielt hier keine Rolle.

<sup>328</sup> MünchKomm/Wacke, § 892, 36; Staudinger/Gursky, § 892, 65.

<sup>329</sup> MünchKomm/Wacke, § 892, 36; RG DR 1909 Nr. 269, das zusätzlich darauf abstellt, der Erwerber sei in die Verbindlichkeiten der aufgelösten Gemeinde eingetreten; vgl. hierzu unten § 6 II 3 a.

### 3. Kein kondiktionsfester redlicher Erwerb trotz Übergangs durch Rechtsgeschäft

Umgekehrt ist kondiktionsfester redlicher Erwerb zu verneinen, soweit es an der Gegenleistung fehlt, mag der Übergang auch durch ein Rechtsgeschäft zustandekommen.

#### a) Beispiele

Unentgeltlichkeit des Erwerbs ist Spezifikum nicht nur bei der Verwaltungstreuhand,<sup>330</sup> sondern auch bei der Bestellung einer Eigentümergrundschild durch den Buchberechtigten,<sup>331</sup> der für den Erwerb keinerlei Opfer erbringt. Nur vordergründig verzichtet der Erwerber einer Restkaufgeldhypothek auf eine ihm zustehende Leistung. Als Nichtberechtigter ist er nicht befugt, die Sache zu veräußern, kann insbesondere, wie § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich klarstellt, den Kaufpreis dem wahren Eigentümer gegenüber nicht (dauerhaft) beanspruchen. Weder bei Einräumung<sup>332</sup> noch bei Ablösung der Hypothek<sup>333</sup> bedarf er des Schutzes. Nicht eine nur diffus beschriebene wirtschaftliche Betrachtungsweise,<sup>334</sup> auch nicht das formale Verbleiben eines Eigentumssplitters beim Verfügenden<sup>335</sup> sind dafür maßgebend, sondern die aus § 816 Abs. 1 BGB gewonnene Wertung. Dagegen bringt ein Testamentsvollstrecker, der eine in der Erbschaft vorhandene, jedoch nicht zum Nachlaß zählende Sache kauft, die Gegenleistung auf. Obgleich, wenn überhaupt, nur von ihm Kenntnis der wahren Rechtslage erwartet werden kann,<sup>336</sup> da er den Nachlaß zu verwalten hat, erwirbt er redlich,<sup>337</sup> mögen auch an seinen guten Glauben strenge Anforderungen zu stellen sein.<sup>338</sup>

#### b) Insbesondere: Das Strohmanngeschäft

Das Strohmanngeschäft einzuordnen ist schwierig. Das rührt indes vorwiegend von einem uneinheitlichen und schillernden Gebrauch des Begriffs her.<sup>339</sup> Soweit man nur die besondere Ausformung einer uneigennützigen Treuhand meint, mit der Besonderheit, daß der an den Strohmann verfügende Hintermann die Aufwendun-

<sup>330</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 173.

<sup>331</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 168.

<sup>332</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 169.

<sup>333</sup> Vgl. dazu soeben § 5 V 1 b (5).

<sup>334</sup> So aber *Staudinger/Gursky*, § 892, 85.

<sup>335</sup> So *MünchKomm/Wacke*, § 892, 39; ähnlich KG JFG 5, 432, 436 ff.

<sup>336</sup> Zu diesem Argument des Reichsgerichts vgl. oben § 5 III 2 a mit Fn. 180.

<sup>337</sup> *Palandt/Bassenge*, § 892, 3 bbb; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 II 2 f; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 8; offen gelassen von BGH NJW 1981, 1271, 1272.

<sup>338</sup> *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 8; ebenso BGH NJW 1981, 1271, 1272.

<sup>339</sup> So etwa bei AK/L. v. *Schweinitz*, §§ 892 f., 58; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 42; *Staudinger/Gursky*, § 892, 91, die keine nähere Differenzierung treffen.

gen für den Erwerb bereits verauslagt hat,<sup>340</sup> ist die Entscheidung vorgezeichnet. Es fehlt am Opfer des vorgeschobenen Vertragspartners. Der Strohmann kann sich auch dem mittelbaren Stellvertreter annähern,<sup>341</sup> wenn er etwa den Kaufpreis zunächst aus eigener Tasche beglichen hat und ihm lediglich ein Ersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn zusteht. Dann gelten die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung,<sup>342</sup> der Hintermann kann redlich erwerben. In der Differenzierung spiegelt sich nicht eine Schwäche des hier vertretenen Konzepts, sie macht ganz im Gegenteil die Wertungen klar, über die die h. M. unter Berufung auf einen nicht näher hinterfragten Topos vorschnell hinweggeht.

#### 4. Der Erwerb kraft Rechtsnachfolge von Todes wegen

##### a) Die Universalsukzession

Redlicher Erwerb des Erben an einer dem Erblasser fremden Sache ist angesichts fehlender Gegenleistung ausgeschlossen.<sup>343</sup> Vorangegangene Investitionen, etwa anderweit nicht vergütete Arbeit, die in der Hoffnung erbracht wurde, den Erblasser zu der Verfügung motivieren zu können, ändern daran nichts. Regelmäßig kann der Erbe auf dieses Vermögen wieder zugreifen – sei es, daß es noch in der Erbmasse vorhanden ist, sei es, daß es dem Erblasser gestattet hat, anderweitig Aufwendungen zu ersparen.<sup>344</sup> Ausnahmsweise mag das nicht der Fall sein, soweit der Erblasser die Ausgaben unterlassen hätte;<sup>345</sup> indes fällt eine solche Entscheidung in den Risikobereich des Erben. Sogar bei einer bereits niedergeschriebenen letztwilligen Verfügung ist seine Position nicht abgesichert, selbst durch einen Erbvertrag wird er nicht vor Verschwendung des Erblassers geschützt.<sup>346</sup> Wertungsmäßig sichert die Lösung ab, daß der Erbe gemäß § 1967 BGB in die Pflichten des Erblassers eintritt. Er ist zumindest aufgrund schuldrechtlicher Ansprüche gehalten, die Sache an den wahren

---

<sup>340</sup> Ob das in RGZ 130, 390ff. so lag, wird aus dem Tatbestand des Urteils nicht deutlich; RG HRR 1930 Nr. 1214; 1931 Nr. 591; JW 1930, 3740 lehnen das Vorliegen eines Strohmannsgeschäfts im konkreten Fall jeweils ab.

<sup>341</sup> *Staudinger/Dilcher*, vor § 164, 49; *Enneccerus/Nipperdey*, § 179 IV 2.

<sup>342</sup> Zu diesen vgl. die Nachw. in Fn. 191.

<sup>343</sup> v. *Tuhr*, II 2 S. 143; *Wacke*, Jura 1986, 436 (als Hilfsbegründung neben dem gesetzlichen Übergang). Wenig überzeugend ist dagegen die Überlegung, Verfügungen von Todes wegen vermittelten deswegen keinen rechtsgeschäftlichen Erwerb, weil es um die Übertragung des ganzen Vermögens gehe. Vgl. zu diesem Argument schon oben § 5 II 3 c (3).

<sup>344</sup> Wenn v. *Tuhr*, II 2 S. 143 f. solche Fälle zum entgeltlichen Erwerb zählt, so hat er schon nicht den redlichen Erwerb im Auge. Wegen § 1967 BGB kann die Frage offen bleiben (ähnlich *Oertmann*, *Entgeltliche Geschäfte* S. 109, soweit kein Erbvertrag vorliege).

<sup>345</sup> So das Bedenken von *Wacke*, NJW 1981, 1578.

<sup>346</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Kanzleiter*, § 2286, 8. – Die Entgeltlichkeit scheitert also nicht daran, daß der Erbvertrag und die Leistung nicht wenigstens kausal miteinander verknüpft wären, sondern an der Zugriffsmöglichkeit des Erwerbers auf die Gegenleistung – modifiziert durch das bewußt eingegangene Risiko, bei Verschwendung des Erblassers leer auszugehen.

Berechtigten herauszugeben; spätestens an dieser Hürde scheitert kondiktionsfester redlicher Erwerb.<sup>347</sup>

In dieser Hinsicht kann der Vermächtnisnehmer anders zu behandeln sein. Zwar wird er normalerweise die Sache nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB an den früheren Eigentümer zurückzuerstatten haben; wo er seinerseits jedoch eine Leistung erbracht hat,<sup>348</sup> ist der Erwerb kondiktionsfest, da der Vermächtnisnehmer – anders als der Erbe – mit Rechten und Pflichten des Gesamtnachlasses nichts zu tun hat.

#### b) Die vorweggenommene Erbfolge

Schwierigkeiten macht seit langem die sogenannte vorweggenommene Erbfolge. Daß es dabei um eine rechtsgeschäftliche Verfügung geht, läßt sich nicht leugnen und wird auch von niemandem bezweifelt. Den Schutz der Redlichkeitsvorschriften zu versagen, weil die Übertragung des Rechts an die Stelle einer Nachfolge kraft Gesetzes trete,<sup>349</sup> überfordert – ungeachtet der sonstigen Bedenken – endgültig den Begriff des Rechtsgeschäfts als Unterscheidungskriterium. Auch die Übernahme eines ganzen Vermögens soll redlichen Erwerb nicht ausschließen,<sup>350</sup> obwohl dort sogar die Schulden übergehen und die Fälle konstruktiv eng beieinander liegen. Der dingliche Übertragungsakt<sup>351</sup> taugt zur Unterscheidung nicht; auch vorweggenommene Erbfolge setzt rechtsgeschäftliche Übereignung voraus. Die Behauptung, die Anwendung des § 892 BGB sei seinem Zweck nach nicht begründet,<sup>352</sup> kommt über eine Leerformel nicht hinaus; erst die Auffüllung dieses Zwecks erlaubt eine nähere Aussage.

Zwar liegen vorweggenommene Erbfolge und Sukzession von Todes wegen tatsächlich eng beieinander; die Interessenlage läuft größtenteils parallel. Dies mag denn

<sup>347</sup> Vgl. dazu unten § 6 II 3 a.

<sup>348</sup> Was der Fall sein kann, wenn der Erblasser ihm lediglich den Anspruch vermachte, den Gegenstand entgeltlich zu erwerben (vgl. zu dieser Gestaltung etwa *Soergel/M. Wolf*, § 2147, 2); ebenso *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte S. 119; a. A. v. *Tuhr*, II 2 S. 143 Fn. 38.

<sup>349</sup> OLG Zweibrücken OLGZ 1981, 139, 145; *Schlüter*, Erbrecht § 58 I 2.

<sup>350</sup> RGZ 123, 52, 55; KG JW 1927, 1494; BayObLG JR 1927 Nr. 1451; AK/L. v. *Schweinitz*, §§ 892 f., 48; MünchKomm/Wacke, § 892, 36; RGRK/*Augustin*, § 892, 41; *Staudinger/Gursky*, § 892, 70; *Rosenberg*, § 892 II 3 b = S. 415 mwN.; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d = S. 270 f. mwN.; v. *Tuhr*, II 1 S. 91; *Wolff/Raiser*, § 45 I 3 b Fn. 14; *Fritsch*, JherJb 82, 304; *Knur*, Erwerb S. 30; *Pringsheim*, JW 1932, 3178; a. A. ohne Begründung wohl *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 1; MünchKomm/*Promberger*, § 2366, 21; a. A. auch KG OLGE 3, 33, 34; *Turnau/Förster*, I § 892 I 3, die wegen der schuldrechtlichen Rückgabepflicht schon den dinglichen Erwerb verneinen; das ist hier genausowenig überzeugend wie bei der vorweggenommenen Erbfolge (vgl. sogleich im Text), kann doch auch die Vermögensübernahme in mehreren Akten erfolgen und daher das rückwirkende Entfallen des redlichen Erwerbs die Rechtssicherheit tangieren; vgl. zu diesen konstruktiven Problemen noch unten § 6 II 3 a; RG DR 1909 Nr. 269 argumentiert mit dem Gedanken der Universalsukzession; richtiger wäre es gewesen, auf die Unentgeltlichkeit abzustellen; vgl. oben § 5 V 2 d mit Fn. 329.

<sup>351</sup> So das Argument von RGZ 123, 52, 55; *Staudinger/Gursky*, § 892, 70 jeweils für die Zulässigkeit redlichen Erwerbs bei § 419 BGB.

<sup>352</sup> So etwa RGZ 136, 148, 150; BayObLGZ 1929, 347, 350; *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 892, 24 a.

auch die h. M. bewogen haben, ein Verkehrsgeschäft und damit die Anwendung der §§ 892 f., 932 ff. BGB abzulehnen.<sup>353</sup> Der BGH hat die Entscheidung verschiedentlich offen gelassen,<sup>354</sup> wiederholt ausdrücklich anders judiziert, freilich ohne das Problem näher zu erörtern oder gar auszuloten: Es sei zu prüfen, ob die Vorwegnahme einer Hoferbfolge entgeltlichen oder unentgeltlichen Charakter habe; gegebenenfalls helfe § 816 Abs. 1 S. 2 BGB dem früheren Eigentümer.<sup>355</sup> So sind denn auch die Kriterien der h. M. mehr als fragwürdig: Nicht jede Übertragung unter Lebenden an einen voraussichtlichen Erben sei eine vorweggenommene Erbfolge; dies müsse vielmehr aus der tatsächlichen Gestaltung und dem Willen der Parteien deutlich abzulesen sein.<sup>356</sup> Teilweise will man den Anwendungsbereich noch enger ziehen. Das Geschäft müsse das ganze oder wenigstens so gut wie das ganze Vermögen umfassen.<sup>357</sup> Einigermaßen plausibel, gar gesichert, kann man einen solchen Meinungsstand kaum nennen.

Die in der Realität gewiß am häufigsten anzutreffende Problematik ist recht einfach in den Griff zu bekommen. Schenkungen an die voraussichtlichen Erben – einerlei ob sie von Gesetzes wegen berufen oder in einer letztwilligen Verfügung vorgesehen sind<sup>358</sup> – müssen wie jede unentgeltliche Verfügung an den früheren

<sup>353</sup> RGZ 123, 52, 56 f.; 136, 148, 150 (zu dessen Argument der „Nähe“ vgl. schon oben § 5 III 2 a); RG SeuffA 83 Nr. 65; KG HRR 1931 Nr. 1756 (anders noch DR 1927 Nr. 1710); BayObLGZ 1929, 347, 350 f. mit dem zusätzlichen falschen Hinweis auf die Erkundungsmöglichkeiten des Erwerbers; eine solche Obliegenheit besteht im Rahmen des § 892 BGB nicht (ebenso jedoch *Gummel*, DNotZ 1929, 464 ff.); BayObLG NJW-RR 1986, 882; OLG Zweibrücken OLGZ 1981, 139, 145; *Jauernig*, § 892, 5 a; *Palandt/Bassenge*, § 892, 3 a bb; *Erman/Hagen*, § 892, 13; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 47; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 37; *MünchKomm/Quack*, § 932, 19; *Soergel/Baur*, § 892, 20; *RGRK/Augustin*, § 892, 42; *Staudinger/Gursky*, § 892, 69; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d = S. 271; *Baur*, § 23 III 3 d cc; *Westermann/Eickmann*, § 101 III 2; *Wolff/Raiser*, § 45 I 4 Fn. 17; *Schlüter*, Erbrecht § 58 I 2; *Fritsch*, JherJb 82, 305 Fn. 44; *Reinhard*, JW 1929, 735; v. *Mangoldt*, AcP 134, 93 f.; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 549; *Weirich*, Grundstücksrecht Rdn. 291, *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 8; a. A. OLG Rostock MecklZ 44, 192, 193; *E. Wolf*, § 10 F I c 4 Fn. 46 = S. 425; *Wilhelm*, Rechtsform S. 268; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 179 f.; *Knur*, Erwerb S. 41 ff.; *Eccher*, Erbfolge S. 190 f.; *Olzen*, Erbfolge S. 292; KG DNotZ 1927, 475 f. unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte: Der redliche unentgeltliche Erwerb war im Hinblick auf Gutüberlassungsverträge auf der dinglichen Ebene in den Redlichkeitsschutz einbezogen worden (vgl. Prot. III 82 = 3444 = Mugdan III 543).

<sup>354</sup> BGHZ 30, 255, 256; BGH NJW 1982, 761 f. (insoweit in BGHZ 81, 395 ff. nicht abgedruckt); ebenso schon RGZ 129, 119, 121.

<sup>355</sup> BGH WM 1964, 614, 616; ebenso 1971, 54, obgleich dort „im Wege verfrühter Erbfolge“ verfügt wurde; entgegen dem BGH gelten dabei aber nicht die Regeln der gemischten Schenkung; vgl. dazu oben § 5 I 4 a; a. A. *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 58 ohne Nennung und Diskussion der Entscheidungen.

<sup>356</sup> RGZ 136, 148, 150; *Staudinger/Gursky*, § 892, 69; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 58; wohl auch *RGRK/Augustin*, § 892, 42.

<sup>357</sup> *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 892, 24 a Fn.; *Lutter*, AcP 164, 161 Fn. 137.

<sup>358</sup> Daß darin kein Unterschied liegen kann, betont *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 56 Fn. 10.



Eigentümer zurückgegeben werden.<sup>359</sup> Es geht insoweit mitnichten um ein Spezifikum des Erbrechts.<sup>360</sup>

Anderes gilt dagegen bei entgeltlichen Geschäften;<sup>361</sup> diese vermitteln dem Erwerber (zunächst, möglicherweise aber für immer) kondiktionsfestes Eigentum. Nur auf diese Weise läßt sich etwa sachgerecht der Fall lösen, daß der Erblasser seine Meinung ändert und den Vertragspartner doch nicht von Todes wegen bedenkt.<sup>362</sup> Es gibt keinen Grund, den Erwerber anders zu behandeln als einen normalen Käufer, der dem Veräußerer ebenfalls bekannt sein oder nahe stehen kann.<sup>363</sup> Der Plan des Verfügenden, sein Partner solle später sein Erbe werden, beeinflusst als bloßes Motiv das Ergebnis ebensowenig wie sonstige der Willenserklärung vorgelagerte Überlegungen. Der Empfänger hat ein Opfer für den Erwerb erbracht; auf das Vermögen nach dem Erbfall zuzugreifen ist ihm nicht möglich, womit das Argument der h. M., der Erwerber dürfe nicht besser stehen, als wenn es tatsächlich zum Erbgang gekommen wäre, ins Leere zielt.<sup>364</sup> Er ist wie ein beliebiger Dritter zu behandeln. Die h. M. zu retten, indem man der Entwicklung nachträglich Rechnung trägt, verbietet schon die Rechtssicherheit: das Eigentum kann nicht mit Rückwirkung dem Erwerber zufallen.

Andererseits ist der Erwerber nicht dauerhaft geschützt, wenn er tatsächlich Erbe wird – was entgegen überwiegender Ansicht<sup>365</sup> jedoch nichts damit zu tun hat, ob dies im Augenblick der Übereignung beabsichtigt war oder nicht. Ungeachtet der ursprünglichen Pläne der Parteien tritt er in die Pflichtenstellung des Erblassers ein. Auch hier mündet das Problem in dasjenige des Rückerwerbs des Nichtberechtigten.<sup>366</sup>

### 5. Der redliche Erwerb in der Zwangsvollstreckung

Ähnlich verfehlt wie etwa bei § 647 BGB ist die Beschränkung des Redlichkeitsschutzes auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb in der Zwangsvollstreckung. Wer wie

<sup>359</sup> Vgl. etwa die Fallgestaltung bei BGH NJW 1982, 761 f.; OLG Zweibrücken OLGZ 1981, 139, 145; entgegen *Knur*, Erwerb S. 42 lag es im Fall RGZ 123, 52 ff. anders, da dort ein Altenteil bestellt worden war.

<sup>360</sup> Die Abgrenzung zu Schenkungen unter Anrechnung auf künftiges Erbteil ist daher (entgegen *Lutter*, AcP 164, 161 Fn. 137; *Staudinger/Gursky*, § 892, 69; anders ohne Problemerkörterung RGRK/*Augustin*, § 892, 42) ohne Relevanz. (Kondiktionsfester) redlicher Erwerb findet hier wie dort nicht statt.

<sup>361</sup> Entgegen *Lutter*, AcP 164, 161 Fn. 137 spielt die Gegenleistung des Erwerbers, z. B. zur Alterssicherung des Veräußerers, eine Rolle.

<sup>362</sup> So schon *Heinsheimer*, Gruchot 72, 179 f.

<sup>363</sup> *Eccher*, Erbfolge S. 190.

<sup>364</sup> So etwa RGZ 123, 52, 57; 136, 148, 150; BayObLGZ 1929, 347, 350; *Staudinger/Gursky*, § 892, 69; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 549; *Pringsheim*, JW 1932, 3178; ablehnend *Olzen*, Erbfolge S. 292.

<sup>365</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 356.

<sup>366</sup> Vgl. dazu unten § 6 I 3, II 1. – Dieser Aspekt wird bei *Olzen*, Erbfolge S. 292 vernachlässigt, da er zwar die Parallele zum unentgeltlichen Erwerb bemüht, indes keine Konsequenzen aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB zieht; ebenso aber *Knur*, Erwerb S. 38 f.

die h.M.<sup>367</sup> rein formal argumentiert, wird spätestens bei den §§ 894, 898 ZPO mit unüberwindlichen Schwierigkeiten konfrontiert.

a) Die Vollstreckung eines Individualanspruchs

Daß diese Normen den redlichen Gläubiger privilegieren sollen, dürfte unstreitig sein,<sup>368</sup> weshalb sich auch die Behauptung der h.M., in der Zwangsvollstreckung gebe es keinen redlichen Erwerb, in dieser Apodiktik nicht aufrechterhalten läßt.<sup>369</sup> Soweit Individualansprüche durchgesetzt werden, ist das Gegenteil richtig.

(1) Eine Begründung zu finden fällt so lange nicht leicht, als man an den Kategorien der h.M. festhält. Schließlich wird die Willenserklärung durch Richterspruch fingiert – alles andere als eine auf Rechtsgeschäft gestützte oder gar vom Schuldner gewollte Übereignung.<sup>370</sup> Wer dies abweichend einordnet, da nach der Ersetzung

<sup>367</sup> RGZ 54, 103, 105; 59, 313, 315 f.; 68, 150, 153; 72, 269, 271; 84, 265, 280 f.; BGHZ 64, 194, 197; BGH WM 1963, 219, 220; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d mwN. aus der Rechtsprechung; *Jauernig*, § 892, 5 a; *Palandt/Bassenge*, § 892, 3 a a; *StudK/M. Wolf*, § 892 II 1 a; *Erman/Hagen*, § 892, 10; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 53 ff.; *RGRK/Augustin*, § 892, 44; *Soergel/Baur*, § 892, 18; *Baur*, § 23 III 3 b; *Wolff/Raiser*, § 45 I 3 a; *J. v. Gierke*, Sachenrecht S. 55; *E. Wolf*, Sachenrecht § 10 I 1 c 4 = S. 427; *Jauernig/Stürmer*, § 2366, 1 b; *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 1; *Erman/Schlüter*, § 2366, 3; *RGRK/Kregel*, § 2366, 2; *Soergel/Damrau*, § 2366, 5; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 21; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 14; *Planck/Greif*, § 2366 II 5; *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3 b Fn. 203; *v. Lübtow*, Erbrecht S. 1026; *Brox*, Erbrecht Rdn. 590; *Schlüter*, Erbrecht § 33 VI 1 a; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Vollstreckungsverfahren § 90 V 3; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 547; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 290; *Reinicke*, NJW 1964, 2379 mit oft nicht näher ausgeführter Beschränkung auf die Zwangshypothek, was im Ergebnis, allerdings nicht von der Begründung her richtig ist; ebenso, wenngleich nun nicht mehr ausdrücklich mit dem Fehlen des Rechtsgeschäfts begründet, *Staudinger/Gursky*, § 892, 71 ff.; a. A. *MünchKomm/Wacke*, § 892, 33 f., der freilich die Ausnahme vom (angeblichen) Erfordernis des Rechtsgeschäfts nur unzureichend legitimiert; vgl. dazu sogleich im Text.

Ebenso für den Bereich des § 135 Abs. 2 BGB RGZ 90, 335, 338, 341; *Palandt/Heinrichs*, §§ 135 f., 4; *Erman/Brox*, §§ 135 f., 13; *Soergel/Hefernehl*, §§ 135 f., 22; *Staudinger/Dilcher*, § 135, 12; *Enneccerus/Lehmann*, § 144 II 1 b Fn. 12; *Flume*, II § 17 6 a; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 772, 7; a. A. *MünchKomm/Mayer-Maly*, § 135, 43; *Larenz*, AT § 23 IV Fn. 64; *Ruhwedel*, JuS 1980, 167 Fn. 44 mit dem Hinweis, § 135 Abs. 2 BGB verweise auf beide Sätze des § 135 Abs. 1 BGB; offen gelassen von *RGRK/Krüger-Nieland/Zöller*, § 135, 22.

Ebenso für § 161 Abs. 3 BGB *Soergel/M. Wolf*, § 161, 11; *Staudinger/Dilcher*, § 161, 13.

Ebenso für § 2115 BGB *Soergel/Harder*, § 2115, 10; *MünchKomm/Grunsky*, § 2115, 11; *RGRK/Johannsen*, § 2115, 13; *Staudinger/Behrens*, § 2115, 23 (mit Beschränkung auf das Pfändungspfandrecht); *Planck/Flad*, § 2115, 4; *Huber*, Versteigerung S. 175; a. A. (§ 898 ZPO als durchgängiger Rechtsgedanke) wohl *Stein/Jonas/Münzberg*, § 894, 24.

<sup>368</sup> Auch *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren § 90 V 3 übt an der Vorschrift nur rechtspolitische Kritik.

<sup>369</sup> *MünchKomm/Wacke*, § 892, 34. Die Ausnahme wird denn auch meist gesehen, überwiegend jedoch nicht problematisiert.

<sup>370</sup> *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren § 90 V 3 unter Bezugnahme auf den gesetzlichen Erwerb des Unternehmerpfandrechts. Dagegen meint *Huber*, Versteigerung S. 156 f., daß im Fall der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung keine Parallele zum redlichen Erwerb eines Unternehmerpfandrechts vorliegen soll; ein weiterer Beleg für die wenig konsistente Lösung der h.M.

durch das Gericht eine Willenserklärung des Schuldners vorliege, und so die Differenzierung der h.M. verteidigen will,<sup>371</sup> beschwört nicht geringe Abgrenzungsschwierigkeiten herauf: Müßte man dann doch danach unterscheiden, ob das Gesetz eine Willenserklärung ersetzt bzw. dem Gericht eine entsprechende Befugnis einräumt oder aber ohne einen solchen Zwischenschritt unmittelbar den Übergang anordnet. Der redliche Erwerb hänge demgemäß von Zufälligkeiten der Formulierung ab. In beiden Fällen tritt die Rechtsfolge unabhängig vom ansonsten als maßgeblich genannten Parteiwillen<sup>372</sup> ein. Schutzwürdig ist doch eher derjenige, der ohne ein umständliches Verfahren direkt erwirbt. Daß obendrein die zugrunde liegende rechtsgeschäftliche Verpflichtung den Ausschlag gebe,<sup>373</sup> ist anhand der Maßstäbe der h.M. nicht zwingend, jedenfalls wenn es sich dabei nicht nur um eine notwendige, sondern auch um eine hinreichende Bedingung redlichen Erwerbs handeln sollte. Die Veräußerung einer durch Pfandrecht gesicherten Forderung fußt auf vertraglicher Bindung, ohne daß man bereit wäre, die entsprechenden Folgerungen zu ziehen.<sup>374</sup> Die §§ 18 Abs. 3, 24 Abs. 2 S. 1 DepotG sperren angeblich redlichen Erwerb, obwohl jeweils ein (vertragliches) Kommissionsgeschäft geschlossen ist.<sup>375</sup>

Den Kläger davor zu bewahren, daß sich nach erfolgreichem Prozeß die fehlende Berechtigung seines Schuldners herausstellt,<sup>376</sup> ist § 898 ZPO ohnehin nicht hinreichend geeignet. Der Beklagte kann bis zur Übergabe bzw. Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher den guten Glauben seines Gläubigers zerstören, indem er ihn

<sup>371</sup> *Thomas/Putzo*, § 894, 3b; § 898, 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 898, 1; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 898, 1; *Jauernig*, Zwangsvollstreckung § 28 VI; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 28 II 3; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 291; *Reinicke*, NJW 1964, 2379; wohl auch *Baur/Stürmer*, Rdn. 707; a. A. *Backhaus*, Vollstreckungsakt S. 84 ff. Die Literatur versucht zum Teil zu begründen, warum hier ein Rechtsgeschäft vorliege; vgl. etwa *Wieczorek*, § 898 A: Gleichstellung mit rechtsgeschäftlichem Erwerb; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 547: rechtsgeschäftlicher Erwerb in den Formen der Zwangsvollstreckung; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 25 IV 1 d: Trotz Mitwirkung des Gerichtsvollziehers rechtsgeschäftlicher Vorgang. Die Prot. III 78 f. = 3437 f. = Mugdan III 541 weisen darauf hin, daß im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs der wirklich Berechtigte in den meisten Fällen durch die Ehrlichkeit des Schuldners geschützt sei, während das bei der Zwangsvollstreckung gerade nicht so sein müsse, da der Schuldner hier gezwungen werde, das wirkliche Recht verletzen zu lassen. Diese Argumentation gilt freilich nur, wo sich der Schuldner nicht schon vorher verpflichtet hat, diese Sache zu übertragen, und bestätigt damit die hier vorgenommene Einteilung. Vgl. auch die Mot. zu § 898 ZPO, zit. nach RGZ 90, 193, 198: Grundsätzlich ist der Erwerb in der Zwangsvollstreckung nicht geschützt; der Entwurf dehnt den Schutz aber auf die §§ 894, 897 ZPO aus.

<sup>372</sup> Vgl. dazu oben § 5 II 3 b mit Fn. 76.

<sup>373</sup> So *MünchKomm/Wacke*, § 883, 70; § 892, 34; auch mit der hier vertretenen Ansicht stimmt es nicht voll überein: Mag ein Recht auch per Gesetz übergehen (und damit nicht notwendig auf eine ausdrückliche schuldrechtliche Verpflichtung sich stützen), so kann doch dafür ein Opfer erbracht sein. Beispiel des Unterschieds ist die dingliche Surrogation.

<sup>374</sup> Vgl. dazu oben § 5 II 2 mit Fn. 65.

<sup>375</sup> Vgl. dazu oben § 5 II 2 mit Fn. 54 ff.

<sup>376</sup> So das Argument von *MünchKomm/Wacke*, § 892, 34 Fn. 70; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 54.

davon ins Bild setzt, ein Dritter sei Eigentümer der streitbefangenen Sache.<sup>377</sup> Lediglich das Ergebnis antizipiert, wer § 898 ZPO als Sondervorschrift begreift: Je nach dem gewünschten Resultat schwankt die Auffassung darüber, ob die Vorschrift der Analogie nicht fähig sei<sup>378</sup> oder ihr Anwendungsgebiet erweitert werden könne.<sup>379</sup>

Die Norm ist denn keine Ausnahme, sie paßt sich vielmehr nahtlos in das System des redlichen Erwerbs ein. Der Gläubiger hat in der Absicht geleistet, Eigentümer des geschuldeten Gegenstandes, Inhaber des versprochenen Rechts zu werden. Der Aufwendung für die Sache korrespondiert der Schutz.

(2) Wird mit der Zwangsvollstreckung ein Individualanspruch verfolgt, verallgemeinert denn auch die h.M. in unzulässiger Weise, wenn sie bei den §§ 135 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 161 Abs. 1. S. 2, Abs. 3, 2115 BGB redlichen Erwerb pauschal ablehnt.<sup>380</sup> Indem die §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3 BGB auf die Vorschriften der Rechtsableitung vom Nichtberechtigten verweisen, schließen sie § 898 ZPO ein. Das Schweigen des § 2115 BGB gibt für einen Gegenschluß nichts her. Man hätte sonst zu unterscheiden, ob der Vorerbe selbst verfügt, mit der in § 2113 Abs. 3 BGB explizit angeordneten Konsequenz redlichen Erwerbs, oder ob er sich der schuldrechtlichen Pflicht zu entziehen versucht, sein Vertragspartner sonach gezwungen wird, zu klagen und zu vollstrecken. Eine Differenzierung müßte sich nicht nur dem Problem der wertungsmäßigen Absicherung, sondern auch der ausdrücklichen Vorschriften der §§ 894, 898 ZPO stellen. Die §§ 772 S. 2, 773 S. 2 ZPO behalten ihren Stellenwert, solange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist<sup>381</sup> oder Geldforderungen begetrieben werden.<sup>382</sup>

#### b) Die Vollstreckung zur Beitreibung von Geldforderungen

Außerhalb der §§ 894, 898 ZPO ist redlicher Erwerb versperrt.<sup>383</sup> Der Gläubiger hat – im Gegensatz etwa zum Erwerb eines Faustpfandes – nicht geleistet, um Inhaber eines dinglichen Rechts an der später gepfändeten Sache zu werden, sondern regelmäßig, um die vereinbarte Gegenleistung – üblicherweise in Geld – zu erhalten; Investition und Pfändungspfandrecht sind nicht synallagmatisch, konditional oder kausal verknüpft. Darin unterscheidet sich die Zwangsvollstreckung von der nachträglichen Bestellung einer Sicherheit durch den Schuldner. Dort verbindet

<sup>377</sup> A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren § 90 V 3.

<sup>378</sup> So etwa AK/L. v. Schweinitz, §§ 892 f., 54.

<sup>379</sup> So etwa MünchKomm/Wacke, § 892, 34.

<sup>380</sup> Vgl. die Nachw. oben in Fn. 367.

<sup>381</sup> Vgl. dazu statt aller Stein/Jonas/Münzberg, § 771, 10 iVm. § 772, 12.

<sup>382</sup> Vgl. hierzu unten § 5 V 5b (5).

<sup>383</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 367; insoweit zustimmend auch MünchKomm/Wacke, § 892, 33; ferner RGZ 104, 300, 301; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 804, 1 B; Stein/Jonas/Münzberg, § 804, 34; Zöller/Stöber, § 804, 3f. (unter nicht überzeugendem Hinweis, der Erwerb trete nicht durch Rechtsgeschäft ein); Huber, Versteigerung S. 155 ff. mwN. zur früheren Gegenmeinung; Backhaus, Vollstreckungsakt S. 16 ff. Vgl. hierzu auch die Prot. III 78 f. = 3437 f. = Mugdan III 541.

die rechtsgeschäftliche Abrede das vorangegangene Opfer des Erwerbers mit der Übereignung des Sicherungsguts.<sup>384</sup>

(1) Nur vordergründig spielt der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts eine Rolle. Fordert bereits die privatrechtliche sowie ein Großteil der Vertreter der gemischten Theorie Eigentum des Schuldners, damit ein wirksames Pfandrecht begründet werden kann,<sup>385</sup> so erschöpft sich der Unterschied zur Gegenansicht, der öffentlich-rechtlichen Theorie, ohnehin in der Nomenklatur: Wenn diese das Pfandrecht unabhängig davon entstehen läßt, ob die Sache dem Schuldner gehört,<sup>386</sup> so hat das mit redlichem Erwerb im eigentlichen Sinn nichts zu tun. Die Anhänger der öffentlich-rechtlichen Theorie sind sich darin einig, daß ungeachtet des Pfändungspfandrechts die Drittwiderspruchsklage des Eigentümers zulässig und erfolgreich ist.<sup>387</sup> Daß das Pfandrecht dem Eigentum nicht entgegengehalten werden kann,<sup>388</sup> bedeutet nichts anderes, als daß es nicht die materiellrechtliche Stellung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner und dem Dritten charakterisiert, sondern sich auf eine rein verfahrensrechtliche Position des Gläubigers beschränkt.<sup>389</sup> Nicht der (redliche) Erwerb als Kollisionslösung zwischen den Interessen des Eigentümers und denjenigen des Erwerbers, sondern der verfahrensmäßige Status des Gläubigers beschreibt insoweit die Sonderrolle der öffentlich-rechtlichen Theorie.

(2) Dem korrespondiert die Pflicht des Vollstreckungsgläubigers, nach der Versteigerung den Erlös an den ehemals Berechtigten abzuführen.<sup>390</sup> Mit der Befugnis,

<sup>384</sup> Eine Parallele wäre es etwa, wenn für eine gesetzlich entstandene Forderung wie einen Schadensersatzanspruch an Erfüllung statt eine dem Schuldner nicht gehörende Sache übereignet würde. Dann ist redlicher Erwerb möglich, bei zwangsweiser Durchsetzung vor Abschluß der Vereinbarung – also Pfändung des Gegenstandes – aber nicht (dies gegen *Gloede*, MDR 1972, 294, 2. Beispiel). – Je nach Sachlage kann die Verfügung freilich auch bei nachträglicher Bestellung einer Sicherheit unentgeltlich sein; vgl. dazu oben § 5 I 2.

<sup>385</sup> Vgl. für die privatrechtliche Theorie z. B. *Wolff/Raiser*, § 163 IV mwN. in Fn. 3; für die gemischte Theorie z. B. BGHZ 20, 88, 101; 64, 194, 197; BGH WM 1963, 219, 220; *Baur/Stürner*, Rdn. 434; *Rosenberg/Gaul/Schulken*, § 50 III 1 a bb; § 50 III 3 b dd; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht § 16 III C 4 c; *Bruns/Peters*, Zwangsvollstreckung § 19 III 2 b = S. 101; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren § 41 III 3; *Lippross*, Vollstreckungsrecht S. 71; *Brox/Walker*, Rdn. 383; *Huber*, Versteigerung S. 93.

<sup>386</sup> Vgl. für die öffentlich-rechtliche Theorie z. B. *Thomas/Putzo*, § 804, 3 a; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 804, 2 A; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 804, 10; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 18 I 2 b = S. 291; *Schlosser*, Zivilprozeßrecht II Rdn. 231; zur Kritik *Henckel*, Prozeßrecht S. 320 ff.

<sup>387</sup> Das ist auch unter den Vertretern der öffentlich-rechtlichen Theorie unstrittig; vgl. etwa *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 804, 2 A; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 804, 10; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 18 I 2 b = S. 291; im Ergebnis auch *Schlosser*, Zivilprozeßrecht II Rdn. 231.

<sup>388</sup> Vgl. etwa *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 45.

<sup>389</sup> *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 18 I 2 b = S. 291; *Schlosser*, Zivilprozeßrecht II Rdn. 231; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht § 16 III C 3 unter kritischer Auseinandersetzung mit *Stein/Jonas/Münzberg*, § 804, 22, der dem Pfandrecht kein Recht zum Behaltendürren entnimmt – was es auf eine rein formale Position zurückschneidet.

<sup>390</sup> Das ist für die Vertreter der privatrechtlichen wie der gemischten Theorie wegen des Surrogationsprinzips ohnehin selbstverständlich; vgl. etwa RGZ 156, 395, 399; BGHZ 32, 240,

den Ertrag behalten zu können, fehlt der ein Pfandrecht im gängigen Sinn erst konstituierende Gehalt. Wer dies abweichend sieht, den gepfändeten Gegenstand für die fremde Schuld haften läßt,<sup>391</sup> nähert sich dem Ergebnis des redlichen Erwerbs zwar weithin an, geht – verzichtet man auf guten Glauben – sogar darüber hinaus, findet sich jedoch alsbald in einem logischen Zirkel wieder.

Die Wertung der §§ 816 Abs. 1, 932ff. BGB<sup>392</sup> stützt die Ansicht nicht. Denn die Frage, ob die Trennung von Eigentum und Besitz bzw. Buchberechtigung die Risikoverteilung abbildet, insbesondere dazu führt, daß nur der Vollstreckungsschuldner nach Abschluß der Versteigerung dem früheren Eigentümer gegenüber verpflichtet ist, ist noch nicht geklärt – schon deshalb nicht, weil der Gläubiger die Verwertung betrieben hat. Die Parallele zu § 135 Abs. 1 S. 2 BGB, der rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote den zwangsweise verhängten gleichsetzt, identifiziert Verfügungen des Schuldners mit Zwangsmaßnahmen gegen ihn.<sup>393</sup> Mit Blick auf die unterschiedlichen Regelungsanliegen liegt dieser Schluß fern, er verkennt namentlich grundlegende Differenzen: § 135 BGB schirmt den Berechtigten – redlichen Erwerb vorbehalten – vor solchen Verfügungen ab, § 816 Abs. 1 S. 1 BGB entscheidet das davon zu trennende Problem, wem solche Veräußerungen anzulasten und von wem sie daher zu kompensieren sind.<sup>394</sup> Hier kommt zum Tragen, daß der Schuldner, gegen den mit obrigkeitlicher Hilfe vollstreckt wird, mit der Zwangsverwertung regelmäßig nicht einverstanden ist.<sup>395</sup> Wesentlich plausibler wirkt es daher, in Anlehnung an § 816 Abs. 1 S. 1 BGB den Vollstreckungsgläubiger als den Eingreifenden zu apostrophieren. Ihm, der die ihm nicht haftende, da schuldnerfremde Sache versteigern läßt, gebührt wie bei sonstigen Verfügungen der Erlös im Verhältnis zum Eigentümer nicht. Sein Erwerb ist dem Berechtigten gegen-

---

244; 66, 150, 151; 100, 95, 99f. mwN.; *Baur/Stürner*, Rdn. 484; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 53 III 1 c iVm. § 53 V 1 d bb; *Brox/Walker*, Rdn. 470. Aber auch die Mehrzahl der Anhänger der öffentlich-rechtlichen Theorie bejahen die Herausgabepflicht; vgl. etwa *Thomas/Putzo*, § 817, 7; § 819, 3b, d; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 819, 3 Ba; *Stein/Jonas/Münzberg*, vor § 704, 141; § 804, 23ff., 26f.; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 18 I 2d = S. 291; *Schlösser*, Zivilprozeßrecht II Rdn. 228; unter rechtsvergleichendem Aspekt zweifelnd *ders.*, Rdn. 98; vgl. die weiteren Nachw. bei *Günther*, AcP 178, 456 Fn. 1 und 2. Zu den Vertretern der Gegenmeinung vgl. sogleich im Text.

<sup>391</sup> So *Böhm*, Zwangsvollstreckung durchgängig, insbesondere S. 62ff., 85ff.; *Gloede*, MDR 1972, 291ff.; *ders.*, JR 1973, 99ff.; *Günther*, AcP 178, 456ff.; *Bötticher*, ZZZ 85, 14; *Schünemann*, JZ 1985, 54; ablehnend die ganz h.M.; vgl. z.B. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XIV 7; § 41 XII 5a; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht § 16 III C 3; *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 74; *Gaul*, AcP 173, 323ff.; *Kaehler*, JR 1972, 445ff.; *Lippross*, S. 73f.

<sup>392</sup> So die Begründung von *Böhm*, Zwangsvollstreckung S. 66ff.; *Günther*, AcP 178, 459f., 464ff.

<sup>393</sup> Befürwortet von *Gloede*, MDR 1972, 293.

<sup>394</sup> Ablehnend daher etwa *Gaul*, AcP 173, 337f.; *Huber*, Versteigerung S. 166f.; *Serick*, I S. 299f. mwN., allerdings mit bloßem Umkehrschluß zu § 135 Abs. 1 S. 2 BGB, ohne Würdigung der Interessenlage.

<sup>395</sup> Darin besteht der Unterschied zum 1. Beispiel von *Gloede*, MDR 1972, 294; dort verfügt der Schuldner freiwillig; vgl. schon Fn. 384.

über ohne Rechtsgrund erfolgt.<sup>396</sup> Die Situation ist schwerlich an einer freiwilligen Verfügung des Schuldners zu messen, weit eher an einer freihändigen Versteigerung einer dem Schuldner nicht gehörenden Sache auf Antrag des Pfandgläubigers. Nach redlichem Erwerb eines Dritten gemäß § 1244 BGB ist wegen § 1247 S. 2 BGB<sup>397</sup> der Gläubiger – und nicht der Schuldner – gehalten, den Erlös an den ehemals Berechtigten auszuzahlen.

Folgerichtig müssen die Verfechter der Gegenansicht früher ansetzen und den Erwerb des Pfändungspfandrechts selbst als Basis des Befriedigungsrechts ausgeben – sei es kraft guten Glaubens, sei es unabhängig davon als Folge des Hoheitsakts der Pfändung<sup>398</sup> – oder jedenfalls Ansprüche des früheren Eigentümers gegen den Vollstreckungsgläubiger eines angeblichen Instituts der Vollstreckungskraft in Parallele zur Rechtskraft wegen<sup>399</sup> oder als Tribut an den Vertrauensschutz<sup>400</sup> präkludieren. Der erstgenannte Weg wäre zwar konsequent: Das Surrogationsprinzip<sup>401</sup> weist – generell, damit auch dem Vollstreckungsgläubiger – den Erlös aus der Versteigerung nur dann (endgültig) zu, wenn er schon Inhaber eines Pfändungspfandrechts geworden war, das dem aus dem Pfandrecht des BGB fließenden Befriedigungsrecht vergleichbar ist. Der Erwerb wäre auf den Zeitpunkt der Pfändung vorgezogen, was indes endgültig mit dem Gesetz bricht. § 771 ZPO bestimmt das Gegenteil, indem er dem Eigentum gegenüber dem (bloßen) Pfändungspfandrecht

<sup>396</sup> Vgl. etwa *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 74; *Soergel/Mühl*, § 812, 153; *Münch-Komm/Lieb*, § 812, 269; *Huber*, Versteigerung S. 167 mwN. in Fn. 51 zu ähnlichen Fällen (freilich mit zu weit gehenden Folgerungen für die Konstruktion – § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog); *Kaehler*, JR 1972, 451; ausführlich *Henckel*, Prozeßrecht S. 333 ff.

<sup>397</sup> *Gerlach*, Zwangsvollstreckung S. 26; *Gaul*, AcP 173, 338 f., der zudem darauf hinweist, der Gläubiger habe die Sicherung unentgeltlich erhalten, was zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB führe; dies stimmt mit der hier vertretenen Wertung überein; ebenso *Esser*<sup>2</sup>, § 196, 2 a = S. 809 f.

<sup>398</sup> So in der Tendenz *Böhm*, Zwangsvollstreckung S. 89 ff., 93, da er die Erlöszuordnung dem Inhalt des Pfändungspfandrechts zuschlägt; ähnlich *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 815, 3 Aa; *Gloede*, MDR 1972, 292 für § 815 Abs. 3 ZPO, der angeblich keine Beschränkung auf schuldner eigenes Geld enthalte. Dieselben Grundsätze sollen nach *Gloede*, MDR 1972, 293 auch für die §§ 817 Abs. 4, 819 ZPO gelten; dagegen *Stein/Jonas/Münzberg*, § 815, 19 mwN.

<sup>399</sup> *Böhm*, Zwangsvollstreckung S. 19 f., 68, 86 f., 89 ff.; wohl auch *Böttcher*, ZZZ 85, 14.

<sup>400</sup> *Günther*, AcP 178, 463 f.; ähnlich die Konzeption von *Schünemann*, JZ 1985, 54, der die Kondition sperrt, weil der Schuldner den Veräußerungserlös an den Gläubiger geleistet habe. Damit wird der (angebliche) Vorrang der Leistung verabsolutiert, ohne auf die Wertungen des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB Rücksicht zu nehmen (vgl. soeben im Text).

<sup>401</sup> Das Surrogationsprinzip in der Zwangsvollstreckung, insbesondere bei der Versteigerung, erkennen die Verfechter der privatrechtlichen und der gemischten Theorie an; vgl. dazu die Nachw. in Fn. 390. Aber auch die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Theorie befürworten seine Anwendung; vgl. schon *Stein*, Zwangsvollstreckung S. 78; ferner etwa *Stein/Jonas/Münzberg*, § 819, 1 mit umfangr. Darstellung; a. A. von seinem Standpunkt aus konsequent, jedoch ohne nähere Begründung, *Günther*, AcP 178, 458; vgl. dazu sogleich im Text. – Da Eigentümer des Geldes zunächst der Vollstreckungsgläubiger wird (*Brox/Walker*, Rdn. 454), wirkt das Surrogationsprinzip nicht auf der dinglichen, sondern nur auf der obligatorischen Ebene; es strahlt auf den Zuweisungsgehalt aus (so wohl auch *Brox/Walker*, Rdn. 470).

zum Durchbruch verhilft.<sup>402</sup> Die Alternative, eine vermeintliche Vollstreckungskraft nach Beendigung der Versteigerung und Auskehr des Erlöses, übersieht zum einen, daß der Eigentümer am Verfahren regelmäßig nicht beteiligt wird. Die Gleichsetzung mit der Präklusionswirkung der Rechtskraft dürfte sich zum einen schon mangels ausreichender Gewährung rechtlichen Gehörs verbieten.<sup>403</sup> Zum anderen steht der Rechtsgedanke des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zu der endgültigen Zuordnung auch des Erlöses an den Vollstreckungsgläubiger in Widerspruch, soweit man nicht für den vorgelagerten Erwerb eines die Befriedigung legitimierenden und somit umfassend als dingliches Recht, und nicht nur als verfahrensmäßige Position interpretierten Pfändungspfandrechts eintritt. Damit schließt sich der Kreis. § 771 ZPO untersagt explizit eine solche Sicht. Der Gedanke einer *regreßlosen* Präklusion zugunsten des vollstreckenden Gläubigers paßt letztendlich deswegen nicht, weil sie den Anspruch des (ehemaligen) Eigentümers gegen den Schuldner nicht tangieren soll,<sup>404</sup> also von einem gänzlichen Ausschluß seiner Rückgriffsmöglichkeiten nicht die Rede ist. Dies fällt um so mehr ins Gewicht, als der Eigentümer sein Recht auch dem Schuldner gegenüber mit einer Feststellungsklage geltend machen und gemäß § 771 Abs. 2 ZPO diese mit der Drittwiderspruchsklage koppeln kann. Die Wirkung der „Vollstreckungskraft“, so einseitig lediglich zugunsten des Gläubigers interpretiert, führt zu einem höchst selektiven Ergebnis und vermag genausowenig die Bedenken zu zerstreuen wie ein Erwerb des Pfändungspfandrechts an der schuldnerfremden Sache.<sup>405</sup>

<sup>402</sup> *Gerlach*, Zwangsvollstreckung S. 27.

<sup>403</sup> Vgl. BVerfGE 60, 7, 15: Art. 103 Abs. 1 GG bedingt, materiell Betroffene zu informieren, damit sie ihre Rechte geltend machen können; ist das versäumt, so muß das Urteil aufgehoben werden (hier entschieden für die Auflösungsklage eines GmbH-Gesellschafters); ebenso speziell für den hier behandelten Zusammenhang *Gaul*, AcP 173, 328; *Kaehler*, JR 1972, 446; im Ergebnis wohl auch *Brox/Walker*, Rdn. 470; a. A. *Günther*, AcP 178, 465, da der Eigentümer (prozessual) nicht unmittelbar betroffen sei. Das ist angesichts des Verlustes auch von Ersatzansprüchen, der aus den prozessualen Regeln folgen soll, unhaltbar. – Die Auffassung von *Gerlach*, Zwangsvollstreckung S. 31, § 771 ZPO genüge dem Recht auf Verfahrensbeteiligung, trifft, wenn überhaupt, nur für den Verlust des Eigentums zu, nicht dagegen für die Einbuße auch von Folgeansprüchen. Diese ist mit der Versäumung der Drittwiderspruchsklage nicht notwendig verknüpft.

<sup>404</sup> *Böhm*, Zwangsvollstreckung S. 63, 66ff.; *Gloede*, MDR 1972, 293; *Günther*, AcP 178, 465; *Böttcher*, ZZP 85, 14.

<sup>405</sup> Auch die weiteren Argumente der Gegenansicht vermögen an diesem Befund nichts zu ändern. Daß der Gläubiger im Fall des § 817 Abs. 4 ZPO nichts erhalten habe, was Gegenstand einer Kondition sein könne (so *Günther*, AcP 178, 457, 458f.; *Gloede*, MDR 1972, 292), ist angesichts der Tatsache, daß er von einer Verbindlichkeit befreit wurde, nicht haltbar (*Gerlach*, Zwangsvollstreckung S. 20). Die Kontroverse, ob dies auf Kosten des Eigentümers geschehen sei (*Gerlach*, Zwangsvollstreckung S. 22f.; a. A. *Günther*, AcP 178, 457f.), verbeißt sich in Spekulationen über den Zusammenhang von Zahlung und Eigentumsübergang, anstatt den Zuweisungsgehalt zu thematisieren. Läßt man – wie die h. M. – den Erwerb an der Sache kraft Hoheitsakts zu, so sperrt auch § 818 Abs. 2 BGB die Abführung des Erlöses nicht (so aber *Günther*, AcP 178, 459), muß die Sache doch angesichts der Änderung der Eigentumszuordnung nicht mehr herausgegeben werden.

Umgekehrt ist es freilich auch nicht zwingend, wenn Vertreter der h. M. aus der Tatsache,



(3) Solch massive Bedenken haben eine allerdings ohne Anhang gebliebene Ansicht nicht davon abgehalten, bereits in diesem frühen Stadium anzusetzen. Eine Zwangshypothek werde unabhängig davon erworben, ob der Schuldner Eigentümer des Grundstücks sei. Der hoheitliche Wille breche entgegenstehendes Recht. Der Gläubiger, der sich mit Eintragung einer Zwangshypothek begnüge, dürfe nicht schlechter behandelt werden als derjenige, der eine bewegliche Sache pfänden und verwerten lasse.<sup>406</sup> Doch stimmt bereits die Prämisse nicht, auf der der wertungsmäßige Vergleich basiert: Das Pfändungspfandrecht schafft keinen Rechtsgrund, den Erlös zu behalten,<sup>407</sup> stellt den Gläubiger also nicht besser als einen mangels Eigentums des Schuldners gescheiterte Zwangshypothek.

(4) Die Besonderheit der Zwangsvollstreckung erklärt, warum – zwar in Übereinstimmung mit der h. M., jedoch als Ausnahme zur hier sonst vertretenen Einordnung der dinglichen Surrogation<sup>408</sup> – § 848 Abs. 2 S. 2 ZPO nicht redlichen Erwerb vermittelt. Es liegt einmal mehr nicht am Fehlen eines Rechtsgeschäfts, sondern daran, daß der Vollstreckungsgläubiger mangels Gegenleistung nicht den Schutz durch die Redlichkeitsvorschriften in Anspruch nehmen kann. Dem gepfändeten Anspruch auf Auflassung des Grundstücks steht keine Investition gegenüber. Auch die darauf gründende Sicherungshypothek geht nicht auf den Vollstreckungsgläubiger über, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war und der Schuldner seinerseits nicht schon redlich erworben hatte.<sup>409</sup>

(5) Ungeachtet des Wortlauts der §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3 BGB ist redlicher

daß der Gläubiger haftet, soweit er von der fehlenden Berechtigung seines Schuldners erfährt, schließen, er habe schon aus diesem Grund nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB einzustehen, selbst wenn er gutgläubig sei (so wohl *Huber*, Versteigerung S. 167f.). Beim redlichen Erwerber ist das anders, weswegen das Argument als tragende Begründung zu kurz greift. Ist der Empfänger nicht grob fahrlässig, haftet er auch nicht nach § 812 BGB, ansonsten jedoch nach § 823 Abs. 1 BGB.

Die §§ 815 Abs. 3, 819 ZPO als Zahlungsfiktion zu interpretieren, die den Anspruch auch bei einer Vollstreckung in Drittvermögen vernichte (*Gloede*, MDR 1972, 291f.), ist nicht zwingend; man kann die Vorschriften auch auf die Gefahrtragung reduzieren (*Gerlach*, Zwangsvollstreckung S. 26); das liegt zumindest dann nahe, wenn man sie als Regelungen zugunsten des Schuldners begreift (so etwa *Brox/Walker*, Rdn. 470). Ansonsten könnte im Zusammenspiel mit § 815 Abs. 2 ZPO die Eigentumszuordnung mehrmals wechseln, was schon *Stein*, Zwangsvollstreckung S. 80f. als schwer akzeptables pendelndes Eigentum gebirgt hat. Angesichts des Surrogationsprinzips fehlt jedenfalls der rechtliche Grund, der es dem Vollstreckungsgläubiger im Verhältnis zum Dritten gestattet, den Erlös zu behalten (so schon *Stein*, Zwangsvollstreckung S. 96; ferner etwa *Gerlach*, Zwangsvollstreckung S. 26).

<sup>406</sup> *Lüke*, NJW 1954, 1671, wobei unklar bleibt, ob dies an Redlichkeit geknüpft sein soll; ablehnend zu *Lüke* die h. M.; z. B. BGH WM 1963, 219, 220; MünchKomm/Wucke, § 892, 33 Fn. 68; *Staudinger/Gursky*, § 892, 73; *Thomas/Putzo*, § 867, 4; *Backhaus*, Vollstreckungsakt S. 64ff.; *Kohler*, Verfügungsverbot S. 185 Fn. 599; *J. Baur*, ESJ Sachenrecht Fall 10 = S. 58 Anm. II 1.

<sup>407</sup> So auch *Lüke*, AcP 153, 539 selbst.

<sup>408</sup> Vgl. etwa § 5 V 2 a.

<sup>409</sup> Zu den konstruktiven Fragen vgl. oben § 5 II 3f (3).

Erwerb bei der Beitreibung von Geldforderungen verwehrt.<sup>410</sup> Die Formulierung des § 135 Abs. 2 BGB, der auch auf § 135 Abs. 1 S. 2 BGB verweist,<sup>411</sup> besagt angesichts der Entstehungsgeschichte wenig: Schon die Motive zu § 898 ZPO erklärten den Erwerb für grundsätzlich nicht geschützt.<sup>412</sup> Eine abweichende Auffassung müßte insbesondere § 772 S. 2 iVm. § 771 ZPO gegenstandslos machen.<sup>413</sup> Hätte der Gläubiger bereits das Pfändungspfandrecht redlich erworben, käme eine Drittwiderspruchsklage dem durch das Veräußerungsverbot Begünstigten nicht mehr zustatten. Dagegen büßt § 135 Abs. 2 BGB auch iVm. § 135 Abs. 1 S. 2 BGB seine Funktion nicht ein. Redlicher Erwerb ist bei freiwilliger Übertragung sowie in der Zwangsvollstreckung eines Individualanspruchs eröffnet, sogar wenn die Sache einem Verfügungsverbot unterworfen war.<sup>414</sup> § 161 BGB weicht davon nicht ab. Obgleich in der ZPO eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, die dem wahren Berechtigten eine Interventionsbefugnis zubilligt, wie dies § 772 S. 2 ZPO für § 135 BGB und § 773 S. 2 ZPO für die §§ 2113, 2115 BGB vorsehen, muß in Analogie zu den §§ 772 S. 2, 773 S. 2 ZPO eine Drittwiderspruchsklage des Berechtigten erfolgreich sein, wenn beispielsweise beim Vollstreckungsschuldner eine unter Eigentumsvorbehalt veräußerte Sache gepfändet wird. Die h.M. trägt dem Rechnung, indem sie die Anwartschaft als ein die Veräußerung hinderndes Recht iS. des § 771 ZPO begreift,<sup>415</sup> auch die Gegenansicht konzidiert ein Widerspruchsrecht mit dem Ziel, die Zwangsvollstreckung nur unter dem Vorbehalt für zulässig zu erklären, daß die Rechtsfolgen der Verfügung des Schuldners zugunsten des Anwärters nicht tangiert werden dürften.<sup>416</sup> Der Schutz würde unterlaufen, wenn schon vorher der (redliche) Gläubiger ein unbelastetes Pfändungspfandrecht hätte erwerben können.

Die §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3, 2115 BGB sind also ihrem isoliert gewichteten Wortlaut nach je nur teilweise richtig formuliert: Die beiden ersten beschreiben die Lage bei Durchsetzung von Individualansprüchen, die § 2115 BGB zu Unrecht nicht erwähnt. § 2115 BGB nennt die richtige Lösung bei Beitreibung von Geldforderungen, während der Text der §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3 BGB zu pauschal gefaßt ist.

(6) Nicht mehr ein spezielles Problem der Zwangsvollstreckung beschreibt der redliche Zweiterwerb einer nicht wirksam entstandenen Zwangshypothek. Bei Bestehen des Anspruchs ist er nach allgemeinen Regeln möglich,<sup>417</sup> im Prinzip glei-

<sup>410</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 367.

<sup>411</sup> So das Argument der Gegenansicht; vgl. die Nachw. in Fn. 367.

<sup>412</sup> Vgl. die Zitierung in RGZ 90, 193, 198 sowie oben Fn. 371.

<sup>413</sup> Bei Beitreibung von Geldforderungen durch Pfändung (und Verwertung) kann die Drittwiderspruchsklage regelmäßig erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung – also nach der Pfändung – erhoben werden; vgl. statt aller *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 10 iVm. § 772, 12.

<sup>414</sup> Hierzu ausführlich *Münzberg*, ZZP 78, 297 ff.

<sup>415</sup> Vgl. etwa BGHZ 55, 20, 27 mwN.; BGH JZ 1978, 199, 200; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 17 mit umfangr. Nachw. auch zur Gegenmeinung.

<sup>416</sup> So etwa *Marotzke*, Anwartschaftsrecht S. 116 ff.

<sup>417</sup> BGHZ 64, 194, 197; OLG Köln OLGZ 1967, 499, 500; OLG Hamm OLGZ 1975, 305, 307 mwN. zur unveröffentlichten Rechtsprechung des Gerichts; BayObLGZ 1975, 398, 402 f.;

chermaßen bei Zession der Forderung mit dem angeblichen, mangels Eigentums des Schuldners aber fehlgeschlagenem Pfändungspfandrecht.<sup>418</sup> Daß redlicher Erwerb hier im Ergebnis gleichwohl scheitert, liegt nicht daran, daß Pfandrechte wegen des Übergangs kraft Gesetzes nicht unter dem Schutz der Gutgläubensvorschriften stehen, sondern daran, daß der Zessionar keine hinreichende Position erhält.<sup>419</sup>

### c) Die erzwungene Vormerkung

Eine rigide an den Wortlaut des § 898 ZPO fixierte Diskussion charakterisiert das Bild bei der Vormerkung. Dabei ist der Ausgangspunkt klar: Nicht bloß eine bewilligte, sondern auch eine Vormerkung, die zur Durchsetzung eines Anspruchs auf das dingliche Recht in einer Leistungsklage erzwungen wurde, kann redlich erworben werden;<sup>420</sup> das ist den §§ 894, 898 ZPO unmittelbar zu entnehmen.<sup>421</sup>

(1) Damit endet der Konsens. Ein großer Teil der Lehre will nämlich den Verkehrsschutz versagen, sofern der Gläubiger mit seiner Klage die Einräumung des dinglichen Rechts selbst verlangt und ein vorläufig vollstreckbares Urteil erwirkt hat, mit dem nach § 895 ZPO zugleich eine Vormerkung als bewilligt gilt. Da § 898 ZPO nur die §§ 894, 897 ZPO nenne, nicht dagegen § 895 ZPO, schließe die Norm redlichen Erwerb aus.<sup>422</sup> Die These, die an § 894 ZPO und § 895 ZPO divergente

*Palandt/Bassenge*, § 892, 3 a aa; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 33; *Staudinger/Gursky*, § 892, 73; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 867, 35.

<sup>418</sup> Nach der gemischten Theorie gilt § 1250 BGB; vgl. z. B. *Baur/Stürner*, Rdn. 435; wenn nach der öffentlich-rechtlichen Theorie zum Teil die selbständige Übertragbarkeit des Pfandrechts (wie?) favorisiert wird (so etwa *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 804, 3 B; a. A. *Zöller/Stöber*, § 804, 12; § 401 BGB), so müßte das im Ergebnis erst recht für den redlichen Erwerb sprechen: dann steht ja rechtsgeschäftlicher Übergang zur Debatte.

<sup>419</sup> Dem Eigentümer verbleibt regelmäßiger ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch; vgl. hierzu unten § 8 II 3 c.

<sup>420</sup> Daß man lediglich auf Bewilligung der Vormerkung anstatt auf Bestellung des geschuldeten Rechts klagen kann, entspricht der h. M.; vgl. etwa *MünchKomm/Wacke*, § 885, 20; *AK/B. v. Schweinitz*, § 885, 7; *Rosenberg*, § 885 III 5 a; *RGRK/Augustin*, § 885, 16; *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 885, 4; *Reinicke*, NJW 1964, 2379.

<sup>421</sup> KGJ 33 A 277, 279; *Jauernig*, § 883, 6 a cc; *AK/B. v. Schweinitz*, § 885, 24; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 54; *MünchKomm/Wacke*, § 883, 69; *Schwab*, Sachenrecht § 15 VII; *Brox/Walker*, Rdn. 1122; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 291; *Sekler*, Vormerkung S. 138.

<sup>422</sup> *Palandt/Bassenge*, § 885, 3 d; *AK/B. v. Schweinitz*, § 885, 24; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 54; *RGRK/Augustin*, § 883, 18; *Thomas/Putzo*, § 898, 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 898, 1; *Wieczorek*, § 898 B; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren § 90 V 3; *Biermann*, Widerspruch S. 190; zögernd, im Ergebnis aber zustimmend *Staudinger/Gursky*, § 892, 71; a. A. *Jauernig*, § 883, 6 a; *MünchKomm/Wacke*, § 883, 69; § 892, 34; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 898, 1; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 72 II 4; *Mohrbuter*, Vollstreckungsrecht § 21 IV; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 28 II 3; *Brox/Walker*, Rdn. 1122; *Reinicke*, NJW 1964, 2379 ff.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 292; *Zärban*, Vormerkung S. 34; *Strohal*, Vormerkung S. 15 Fn. 12; *Gerhardt*, JZ 1986, 582; ferner *Staudinger/Gursky*, § 885, 21 für den Parallellfall des § 15 S. 2 KO. – Die Berufung auf RGZ 68, 150, 154 in diesem Zusammenhang übersieht, daß es dort um die Eintragung einer Vormerkung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung und zur Durchsetzung von Geldforderungen ging.

Rechtsfolgen knüpft, obgleich beide Vorschriften ihrem Wortlaut nach eine Willenserklärung fingieren,<sup>423</sup> mutet selbst in den Kategorien Rechtsgeschäft versus gesetzlicher Erwerb nicht folgerichtig an.

Der Wortlaut des § 898 ZPO spiegelt die bei Erlass der Norm einhellig verfochtene Ansicht wider, eine Vormerkung könne nicht redlich erworben werden;<sup>424</sup> das Fehlen einer Verweisung auf § 895 ZPO verwundert angesichts dieser Ausgangstheorie nicht. Sie ist von der h. M. seit langem aufgegeben,<sup>425</sup> was auch auf die Interpretation des § 898 ZPO zurückwirkt. Die Rechtsnatur der Vormerkung als lediglich vorläufiges Sicherungsmittel fällt in diesem Kontext nicht ins Gewicht,<sup>426</sup> da auch eine bewilligte oder durch Klage direkt erzwungene Vormerkung nicht weiter reicht. Zwar muß bei § 894 ZPO das Urteil rechtskräftig geworden sein, während sich § 895 ZPO mit vorläufiger Vollstreckbarkeit begnügt. Wird indes das Urteil, damit der die Vormerkung stützende Titel aufgehoben, so erlischt diese zugleich gemäß § 895 S. 2 ZPO; eine mit dem Zweck der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht in Einklang zu bringende endgültige Wirkung<sup>427</sup> braucht nicht befürchtet zu werden.<sup>428</sup> Im übrigen nützt dem Erwerber auch eine direkt erzwungene Vormerkung nichts, wenn sich der Anspruch später als nicht existent entpuppt, so daß die beiden Sicherungsmodalitäten auch insoweit kongruieren.

Die Kontroverse, ob jeder Käufer ohne weiteres eine Vormerkung beanspruchen darf<sup>429</sup> oder ob er auf eine gesonderte Sicherungsabrede angewiesen ist,<sup>430</sup> hat die ZPO für den Fall des § 895 ZPO im erstgenannten Sinn entschieden; fehlte doch ansonsten auch bei einem vorläufig vollstreckbaren Urteil gegen den Eigentümer der Rechtsgrund für die Eintragung, wäre sie demgemäß sogleich wieder aufgrund eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung zu löschen. Somit lösen sich die

<sup>423</sup> *Reinicke*, NJW 1964, 2380; *Zärban*, Vormerkung S. 34.

<sup>424</sup> Vgl. *Mohrbutter*, Vollstreckungsrecht § 21 IV; *Reinicke*, NJW 1964, 2381; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 292.

<sup>425</sup> Seit RGZ 118, 230, 233 f.; 121, 44, 46; vgl. dazu oben § 5 IV 3a mwN. in Fn. 252–255.

<sup>426</sup> *Reinicke*, NJW 1964, 2380 gegen *Biermann*, Widerspruch S. 190.

<sup>427</sup> So das Argument von *Sekler*, Vormerkung S. 139.

<sup>428</sup> *Reinicke*, NJW 1964, 2380; *Strohal*, Vormerkung S. 15 Fn. 12; *Zärban*, Vormerkung S. 34. – Zweifelhaft erscheint dagegen das weitere Argument, es bestehe kein Grund, den vormerkungswidrigen Zwischenerwerber zu begünstigen (*Reinicke*, NJW 1964, 2381; *Zärban*, Vormerkung S. 35). Dieser Vorteil kommt jedem Zwischenerwerber zu, wenn sich herausstellt, daß die Vormerkung, aus welchen Gründen auch immer, nicht wirksam bestellt ist. Verneinen könnte man den Schutz hier aufgrund der hypothetischen Überlegung, der Zwischenerwerber dürfe nicht besser stehen, als wenn seine Vorstellung über die Berechtigung des Partners der Realität entsprochen hätte (vgl. dazu oben § 5 IV 3b).

<sup>429</sup> *Palandt/Bassenge*, § 885, 2; *AK/B. v. Schweinitz*, § 885, 9; *MünchKomm/Wacke*, § 885, 3; *RGRK/Augustin*, § 885, 1; *Staudinger/Senfert*<sup>11</sup>, § 885, 4; *Wolff/Raiser*, 48 II; *Schwab*, Sachenrecht § 15 V.

<sup>430</sup> *Staudinger/Gursky*, § 883, 19, der aber dem Käufer angesichts der Möglichkeit des § 885 Abs. 1 S. 1 I. Alt. BGB ein nicht näher definiertes „Anrecht“ auf die Eintragung einer Vormerkung zugesteht; *Westermann/Eickmann*, § 100 II 2; *Heck*, Sachenrecht § 47 III 4; *Reinicke*, NJW 1964, 2381; *Tiedtke*, WM 1981, 1098.

letzten Differenzen zwischen § 894 ZPO und § 895 ZPO auf, die eine abgehobene Lösung des redlichen Erwerbs gestatten könnten. Wie immer ist der Übergang kraft Gesetzes<sup>431</sup> belanglos.

(2) Halten sich bei § 895 ZPO Gegner und Befürworter redlichen Erwerbs noch in etwa die Waage, so sind bei der im Wege einer einstweiligen Verfügung erzwungenen Vormerkung die ablehnenden Stimmen unter Hinweis auf den gesetzlichen Erwerb bei weitem in der Überzahl.<sup>432</sup>

Das fehlende Rechtsgeschäft als tragender Grund fällt bereits angesichts des § 898 ZPO nicht ins Gewicht, weswegen sich die h. M. auf eine spezifisch vollstreckungsrechtliche Beweisführung verlegt. Allein mehr zur Verwirrung als zur Klärung trägt ihre Prämisse bei, im Eilverfahren werde die Bewilligung des Betroffenen nicht fingiert, sondern ersetzt.<sup>433</sup> Jede erzwungene Willenserklärung läßt sich als ersetzt kennzeichnen,<sup>434</sup> ohne daß § 898 ZPO seinen Wirkungsbereich einbüßte. Es mag zudem gute Gründe geben, bei der einstweiligen Verfügung mit der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung behutsam umzugehen; die Hauptsache darf regelmäßig nicht vorweggenommen werden.<sup>435</sup> Bei bloßen Sicherungsmaßnahmen wie einer Vormerkung droht diese Gefahr aber nicht.<sup>436</sup> Stellt sich im anschließenden

<sup>431</sup> Den *Staudinger/Gursky*, § 892, 71 letztendlich auch hier wohl für ausschlaggebend erachtet.

<sup>432</sup> RGZ 68, 150, 153 (dort ging es freilich um eine Eintragung zur Durchsetzung von Geldforderungen, nicht von Ansprüchen auf das dingliche Recht am Grundstück, weshalb das Urteil im Ergebnis richtig ist); KGJ 33 A 277, 279 f.; BayObLG NJW-RR 1987, 812; *Jauernig*, § 883, 6a cc; *Palandt/Bassenge*, § 885, 2d; *Erman/Hagen*, § 883, 28; AK/B. v. *Schweinitz*, § 885, 24; AK/L. v. *Schweinitz*, § 892 f., 53a; *Planck/Strecker*, § 883, 3k; RGRK/*Augustin*, § 883, 18; § 892, 45; *Staudinger/Gursky*, § 883, 56; *Staudinger/Gursky*, § 892, 72; *Baur*, § 20 III 2; *Schwab*, Sachenrecht § 15 VII; *Reinicke*, NJW 1964, 2381 f.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 105 f. (keine Berufung auf den Rechtsschein); *Schönewerk*, Vormerkung S. 6 Fn. 1; a. A. MünchKomm/*Wacke*, § 883, 70.

<sup>433</sup> Davon geht jedenfalls die h. M. ohne nähere Problematisierung aus; vgl. etwa BayObLG RpfI 1981, 190, 191; OLG Hamm MDR 1971, 401; *Soergel/Baur*, § 885, 2; *Horber/Demharter*, § 19, 3c; KEHE/*Ertl*, § 19, 200; *Weirich*, Grundstücksrecht Rdn. 397; *Schilken*, Befriedigungsverfügung S. 153 f.; *Reinicke*, NJW 1964, 2382; wohl auch *Baur/Stürner*, Rdn. 925; *Iliopoulos*, Befriedigungsverfügung S. 109; unklar *Jauernig*, ZZP 79, 341 (Eintragungsbewilligung wird durch vorläufig vollstreckbares Urteil oder einstweilige Verfügung ersetzt. § 895 ZPO ist jedenfalls eine Fiktion); a. A. (Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung) *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 935, 50; OLG Frankfurt MDR 1954, 686, 687; vorsichtig dem zustimmend *Rosenberg*, Zivilprozeßrecht § 208 III 2b („u. U.“).

<sup>434</sup> So die Formulierung in BayObLG RpfI 1983, 390; *Horber/Demharter*, § 19, 3c für eine nach § 894 ZPO erzwungene Willenserklärung.

<sup>435</sup> RGZ 156, 164, 169 f.; OLG Frankfurt MDR 1954, 686, 687; OLG Stuttgart NJW 1973, 908; *Thomas/Putzo*, § 938, 2; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 938, 1 D; *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 935, 51; *Baur/Stürner*, Rdn. 925; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 16 I 2 d; *Iliopoulos*, Befriedigungsverfügung S. 109.

<sup>436</sup> OLG Frankfurt MDR 1954, 686, 687; OLG Braunschweig NJW 1959, 1929; OLG Hamm MDR 1971, 401; OLG Stuttgart NJW 1973, 908; *Thomas/Putzo*, § 938, 2; *Zöller/Stöber*, § 894, 3; *Wieczorek/Schütze*, § 938 B II b 1; *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 935, 50; *Jauernig*, ZZP 79, 341; a. A. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 938, 1 D, deren Gegenar-

Verfahren heraus, daß der Anspruch nicht existiert, wird die Vormerkung als akzesessorisches Recht gegenstandslos.<sup>437</sup> Dies hat Ausdruck in § 895 ZPO gefunden, der sich jedenfalls seinem Rechtsgedanken nach heranziehen läßt.<sup>438</sup> Vor allem haben solche Überlegungen mit einer konstruktiven Differenzierung – Fiktion oder Ersetzung der Willenserklärung – nichts zu tun. Läßt das Gesetz in § 885 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB eine Sicherung durch die erzwungene Vormerkung ausdrücklich zu, gibt es zu erkennen, daß eine vorläufige Regelung getroffen werden darf, reduzieren sich Überlegungen, es handle sich hier nicht um eine fingierte, sondern um eine ersetzte Willenserklärung, mit der einzigen Konsequenz, redlicher Erwerb scheide aus, auf eine reine *petitio principii*. Streiten kann man allenfalls darüber, zu welchem Zeitpunkt die Wirkung eintritt, ob bereits mit der Verkündung<sup>439</sup> oder erst mit der Rechtskraft<sup>440</sup> der vorläufigen Maßnahme, wobei die erstgenannte Ansicht ohnehin nur der Besonderheit Rechnung trägt, daß durch Beschluß entschieden werden kann, möglicherweise also keine formelle Rechtskraft eintritt.<sup>441</sup> Nach nahezu einhelliger Auffassung kann der Antragsteller auch im Rahmen einer Eilmaßnahme die Verurteilung zur expliziten Abgabe einer solchen in ihren Wirkungen nicht endgültigen Willenserklärung begehren<sup>442</sup> – mit der zwingenden Folge, daß dann § 894 ZPO, mit ihm § 898 ZPO gilt. Die formalen Unterschiede, sollten sie zur einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung je bestanden haben, verschwimmen damit endgültig. Daß eine bewilligte Vormerkung, auch soweit sie in einer Leistungsklage erstritten wurde, beständiger ist als eine durch eine einstweilige Verfügung erzwungene,<sup>443</sup> folgt aus der freiwilligen Einräumung bzw. dem rechtskräftigen Urteil, ändert sich aber, soweit die Vormerkung im Eilverfahren erzwungen wurde. Durch Aufhebung der Maßnahme geht sie unter; sie durchzusetzen, genügt vorher denn auch genauso die bloße Glaubhaftmachung des Anspruchs wie bei einer sonstigen einstweiligen Verfügung.

---

gument – Unmöglichkeit der Vollstreckung solch vorläufig wirkender Willenserklärungen – nicht überzeugt. Die Willenserklärung selbst ist und bleibt wirksam und nach § 894 ZPO vollstreckbar. Mangels eines Anspruchs geht nur die Vormerkung ins Leere; a. A. unter Hinweis auf § 895 ZPO (?) *Iliopoulos*, Befriedigungsverfügung S. 109.

<sup>437</sup> OLG Hamm MDR 1971, 401; *Jauernig*, ZZZ 79, 341 f.

<sup>438</sup> OLG Hamm MDR 1971, 401; *Wieczorek/Schütze*, § 938 B IIb 1.

<sup>439</sup> *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 935, 50; *Jauernig*, ZZZ 79, 342 iVm. 333 Fn. 35; *ders.*, NJW 1973, 1673; *Schilken*, Befriedigungsverfügung S. 153.

<sup>440</sup> OLG Frankfurt MDR 1954, 686; OLG Braunschweig NJW 1959, 1929.

<sup>441</sup> *Jauernig*, NJW 1973, 1673; a. A. *Iliopoulos*, Befriedigungsverfügung S. 108 f. – Auch hierbei ist der Gedanke des § 895 ZPO entscheidend. Vorläufige Vollstreckbarkeit genügt; diese liegt bei Arrest wie bei einstweiliger Verfügung mit Erlaß vor (vgl. statt aller *Stein/Jonas/Grunsky*, § 929, 1).

<sup>442</sup> *Baur/Stürner*, Rdn. 925, die dies gegenüber der Durchsetzung der Eintragung direkt über die einstweilige Verfügung für einen „unpraktischen“ Umweg halten; ebenso die Autoren, die grundsätzlich keinen Unterschied zwischen beiden Vorgehensweisen sehen; vgl. die Nachw. der Mindermeinung in Fn. 433.

<sup>443</sup> Dies ist das Differenzierungskriterium von *Reinicke*, NJW 1964, 2382.

Neben der Tatsache, daß die Differenzierung anhand solch rein formaler Kriterien reichlich überzogen wirkt, hält sie auch sachlicher Überprüfung nicht stand. In der Verknüpfung zwischen Leistung des Erwerbers und der (bei Gericht durchgesetzten) Einräumung einer Vormerkung unterscheidet sich der Fall in nichts von dem einer bewilligten Sicherung. Wer dies anders sieht, weil der Gläubiger ohne spezielle Vereinbarung keinen Anspruch auf die Vormerkung habe,<sup>444</sup> verkennt zweierlei: Zum einen läßt sich ein solches Recht jedenfalls durch ergänzende Auslegung etwa dem zugrunde liegenden Kaufvertrag entnehmen. Der Schuldner ist gehalten, die Durchführung des Vertrages nicht zu vereiteln, mag es an einer dinglichen Sicherung des Gläubigers auch noch fehlen. Diese Pflicht umfaßt nicht nur die eigentlichen Übertragungsakte, sondern erstreckt sich auf alle Maßnahmen, die nötig sind, dem Käufer den Weg zum Erwerb zu ebnen.<sup>445</sup> Zum anderen begründet das Gesetz selbst diesen Anspruch, zumindest in Form einer dispositiven Regelung.<sup>446</sup> Der Erwerber kann ohne weiteres die Vormerkung durchsetzen; er ist nicht einmal gezwungen, eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft zu machen. Das Recht auf Einräumung einer Vormerkung fußt auf dem schuldrechtlichen Vertrag, könnte der Schuldner doch sonst die erzwungene Sicherung mangels Rechtsgrunds nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB wieder kondizieren. Um diese Folge zu vermeiden, ist die Gegenmeinung zu einer bemerkenswerten Differenzierung gezwungen. Der Gläubiger habe zwar ein Recht auf die Vormerkung, aber keinen Anspruch auf Bewilligung der Vormerkung.<sup>447</sup> Die Einwände liegen auf der Hand. Soll der Schuldner, der das Recht seines Partners erfüllen will und die Vormerkung bewilligt, um ihrer gerichtlichen Durchsetzung aus dem Weg zu gehen, sie anschließend sofort als nicht geschuldet kondizieren können? Und soll der Gläubiger, der die Bewilligung in einer einstweiligen Verfügung erzwingen kann,<sup>448</sup> die Zustimmung zu ihrer Löschung geben müssen? Zweckdienlicher als solche in sich unstimmigen Differenzierungen ist die Einbindung der im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungenen Vormerkung in das durchgängige Konzept, das ungeachtet der konstruktiven Details den Erwerber begünstigt, sobald er eine Investition erbracht hat.

---

<sup>444</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 430.

<sup>445</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Köhler*, § 433, 54; ähnlich *MünchKomm/H. P. Westermann*, § 433, 61 (dort auch zur konstruktiven Ermittlung der Pflicht über ergänzende Auslegung).

<sup>446</sup> Sogar bei ursprünglichem Verzicht ist ein Antrag auf die Eintragung im Wege der einstweiligen Verfügung möglich, zumindest wenn sich der Verkäufer später vertragswidrig verhält; vgl. z. B. OLG Frankfurt NJW 1958, 1924; *MünchKomm/Wacke*, § 885, 9; *Staudinger/Gursky*, § 885, 25; *Friese*, DNotZ 1955, 243 f.; ohne diese Einschränkung *Palandt/Bassenge*, § 885, 2; *AK/B. v. Schweinitz*, § 885, 9; *RGRK/Augustin*, § 885, 2; *Weirich*, Grundstücksrecht Rdn. 398.

<sup>447</sup> *Reinicke*, NJW 1964, 2381; ähnlich *Staudinger/Gursky*, § 883, 19, der dem Käufer ein „Anrecht“ einräumt.

<sup>448</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 442.

## 6. Der redliche Erwerb von Miteigentumsanteilen

Nicht entschieden ist nach wie vor der Streit über die Frage, wie man Verfügungen zwischen Miteigentümern einzuordnen hat, wenn das Recht dem Veräußerer nicht zustand.

## a) Der Meinungsstand

Das angebliche Verkehrsgeschäft muß wie sein vermeintliches Fehlen für jedes nur denkbare Ergebnis erhalten: Redlicher Erwerb sei möglich,<sup>449</sup> er komme nicht in Frage,<sup>450</sup> jedenfalls soweit der Anteil des Erwerbers an demselben Mangel leide wie derjenige des Veräußerers,<sup>451</sup> man habe zu unterscheiden zwischen dem Erwerb eines Anteils und eines Rechts am Anteil,<sup>452</sup> der Erwerber sei zu schützen bei einer Verfügung über einen Anteil, gehe indes leer aus, sofern vorher eine Belastung des Gesamtgrundstücks zu Unrecht gelöscht worden sei.<sup>453</sup>

Vielfältig und verwirrend wie die Lösungsvorschläge sind die Begründungen. Hinter dem Postulat, die Redlichkeitsvorschriften sollten nur einen neu hinzutretenden Dritten privilegieren, der dem Vertragsgegenstand bislang ferngestanden habe und demgemäß auf die Angaben des Grundbuchs angewiesen sei,<sup>454</sup> verbirgt sich wie stets eine Verschärfung der Anforderungen an den guten Glauben, die bereits das „Kennenmüssen“ als Sperre für den redlichen Erwerb begreifen will und spätestens bei § 892 BGB fehl am Platz ist. Die Vorstellung der Parteien, das Grund-

---

<sup>449</sup> RG DJZ 1929, 917 (das aber im Ergebnis deswegen unrichtig ist, weil die Verfügung unentgeltlich geschah, daher § 816 Abs. 1 S. 2 BGB einschlägig gewesen wäre; vgl. hierzu BGHZ 81, 395, 396 f.); OLG Stuttgart WürttZ 1927, 181, 182 f.; KG JR 1927 Nr. 1325; *Erman/Hagen*, § 892, 12 (unter nicht korrekter Berufung auf KG JW 1927, 2521; vgl. hierzu Fn. 451); *RGRK/Augustin*, § 892, 10; *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 17; *Staudinger/Huber*, § 747, 21; *Staudinger/Gursky*, § 892, 100; *Schulze-Osterloh*, Gesamthänderische Bindung S. 212; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 24 f.; *Lutter*, AcP 164, 162; *Koller*, JZ 1972, 648; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 181 f.; *Fritsch*, JherJb 82, 276 Fn. 34; *Meyerowitz*, JW 1928, 522 f.; ferner all diejenigen, die im Fall der Girosammelverwahrung redlichen Erwerb zulassen; dabei wird regelmäßig nicht danach differenziert, ob der Erwerber schon vorher einen Anteil besaß; vgl. dazu die Nachw. in Fn. 59; ebenso im Recht des Wohnungseigentums z.B. *Bärmann/Pick*, WEG § 3 III 5; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG § 3, 87; *Weitnauer*, WEG § 3, 6c; *Soergel/Baur*, WEG § 3, 10; *Gaberdiehl*, NJW 1972, 848; *Lutter*, AcP 164, 141 ff.; im Ergebnis auch *MünchKomm/Röll*, WEG § 3, 25. Daß der Veräußerer nicht geschützt wird (RG DJZ 1929, 917; *Soergel/Baur*, § 892, 24), ist selbstverständlich: § 892 BGB begünstigt nur den Erwerber.

<sup>450</sup> OLG Köln LZ 1930, 1128 f.; BayObLG JW 28, 522; wohl auch JW 1929, 193; *RGRK/v. Gamm*, § 747, 2; *Soergel/Hadding*, § 747, 3.

<sup>451</sup> KG JW 1927, 2521 f.; HRR 1928 Nr. 1833; BayObLGZ 1927, 109, 111; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 41; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 c; *Wolff/Raiser*, § 45 I 4 Fn. 19; v. *Mangoldt*, AcP 134, 89.

<sup>452</sup> *Soergel/Baur*, § 892, 24: Erwerb einer Belastung am Grundstück, nicht aber Erwerb des Eigentums an einem Bruchteil.

<sup>453</sup> *Palandt/Bassenge*, § 892, 3 b bb.

<sup>454</sup> Vgl. zu diesem Topos schon oben § 5 III 2 mwN. in Fn. 180 sowie speziell OLG Köln LZ 1930, 1128 f.; KG HRR 1928 Nr. 1833; ablehnend *Heinsheimer*, Gruchot 72, 182.



buch sei richtig, zur Geschäftsgrundlage hochzustilisieren<sup>455</sup> scheint zwar das gewünschte Ergebnis zu tragen, muß aber, folgerichtig jedem Vertrag über ein dingliches Immobilienrecht unterlegt,<sup>456</sup> das Institut des redlichen Erwerbs mehr oder weniger umfassend aushöhlen. Trivial ist der Hinweis, das Grundbuch müsse unrichtig geworden sein, während ein anderer als der Erwerber eingetragen gewesen sei.<sup>457</sup> Dem Postulat ist Genüge getan: Zur Debatte steht der Erwerb des Anteils, für den der Käufer – wie jeder Dritte – nicht im Grundbuch vermerkt war.<sup>458</sup> Eine etwa identische Fehlerquelle, die das Grundbuch bezüglich beider Bruchteilseigentümer unrichtig gemacht hat,<sup>459</sup> unterbindet redlichen Erwerb nicht. Niemand käme beispielsweise auf den Gedanken, dem Käufer eines Grundstücks nur deswegen die Chance des Verkehrsschutzes vorzuenthalten, weil er selbst ein anderes Sachenrecht vom Partner seines Verkäufers erworben hatte und dieser Vertrag ebenso wie das Deckungsgeschäft des Verkäufers wegen Geisteskrankheit des gemeinsamen Vertragspartners unwirksam war. Allein- und Bruchteilseigentum sind aber je selbständige Gegenstände des Rechtsverkehrs, deren Schicksal nicht ohne weiteres mit dem früherer Verfügungen verwoben ist.

Zu kurz greift auf der anderen Seite der Hinweis der Verfechter redlichen Erwerbs auf ein offensichtliches Verkehrsbedürfnis – das besonders evident werde, wenn der (Buch-)Eigentümer einer Wohnung eine weitere zur selben Eigentümergemeinschaft rechnende Einheit kaufe.<sup>460</sup> Ohne Präzisierung ist ein trefflich zu behauptendes Verkehrsinteresse für jedes Ergebnis gut.

#### b) Das Kriterium der eigenen Leistung

Präziser erklärt aufs neue das Kriterium des Opfers Grund und Umfang des Erwerbs. Ob die Verfügung sich auf einen Miteigentumsanteil oder nur ein dingliches Recht bezieht, spielt ebenso wenig eine Rolle wie die Divergenz zwischen der Veräußerung des gesamten Anteils und der Veränderung lediglich der Quoten; immer veräußert der Verkäufer zumindest zum Teil sein (angebliches) Recht.<sup>461</sup>

<sup>455</sup> So etwa MünchKomm/Wacke, § 892, 41.

<sup>456</sup> Vgl. auch schon oben § 5 II 3 d mit Fn. 113.

<sup>457</sup> KG JW 1927, 2521 f.; HRR 1928 Nr. 1833; DNotZ 1928, 489, 490; BayObLG JW 1928, 522 mit ablehnender Anm. Meyerowitz = ausführlicher BayZ 1927, 364; Fritsch, JherJb 82, 272. – Daß die Bruchteilseigentümer kein subjektiv dingliches Recht an der gemeinsamen Sache hätten, sondern nur ein Mitwirkungsrecht, in dieser Hinsicht Bruchteilsgemeinschaften also eine Gesamthand seien (so Fabricius, Rechtsfähigkeit S. 144 f.), hat sich zu Recht nicht durchgesetzt; vgl. etwa MünchKomm/K. Schmidt, § 741, 6; Hennecke, Gesamthand S. 58 ff.

<sup>458</sup> KG JR 1927 Nr. 1325; OLG Stuttgart WürttZ 1927, 181, 182; Staudinger/Huber, § 747, 22; Heinsheimer, Gruchot 72, 182; ähnlich Meyerowitz, JW 1928, 523.

<sup>459</sup> So das Argument von KG JW 1927, 2521, 2522; BayObLG JW 1928, 522; ähnlich RGZ 119, 178, 182; 123, 49, 51; 127, 341, 347 f.: Entscheidend sei, ob der Erwerber den im Grundbuch bescheinigten Zustand bereits vorgefunden oder erst herbeigeführt habe (wobei die beiden erstgenannten Entscheidungen trotz Zitierung durch RGZ 127, 341, 348 in anderem Zusammenhang stehen).

<sup>460</sup> So Staudinger/Huber, § 747, 21; MünchKomm/K. Schmidt, § 747, 17: Gesetz und Interessenlage.

<sup>461</sup> Staudinger/Huber, § 747, 21; MünchKomm/K. Schmidt, § 747, 17; Koller, JZ 1972, 648.

(1) Bei Verfügungen über den Gegenstand insgesamt zugunsten eines (scheinbaren) Miteigentümers hat man zu unterscheiden versucht zwischen einer Anteilsverfügung, die redlichen Erwerb ermögliche, und einer Gesamtveräußerung, in der er an der Teilidentität von Veräußerer und Erwerber scheitere.<sup>462</sup> Konstruktive Aspekte werden indes überstrapaziert,<sup>463</sup> wenn man die Bestellung eines Grundpfandrechts an nur einem Miteigentumsanteil als Einzelverfügung dem Schutz der Redlichkeitsnormen unterstellt,<sup>464</sup> aber anders entscheidet, sobald der Gegenstand als ganzer mit einer Hypothek belastet wird.<sup>465</sup> So kann doch die Gesamtverfügung, selbst wenn sie fehlgeschlagen sein sollte, über § 139 BGB<sup>466</sup> bzw. § 140 BGB<sup>467</sup> als Einzelverfügung der jeweils betroffenen Teilhaber aufrechterhalten werden. Dies dürfte bei Sicherungsrechten durchweg den hypothetischen Parteiwillen wiedergeben,<sup>468</sup> weswegen die Verfügung hinsichtlich des Anteils des Partners zu redlichem Erwerb führt. Die Überlegung ist gleichermaßen bedeutsam für die Reichweite des Erwerbs. Er glückt auch bei Gesamtverfügungen entgegen einer verbreiteten Auffassung<sup>469</sup> keineswegs global, sondern nur im Hinblick auf diejenigen Anteile, über die die Partner des Erwerbers verfügen. Für das dingliche Recht am eigenen Anteil hat der (Buch-)Miteigentümer genausowenig ein Opfer erbracht wie der Besteller einer Eigentümergrundschuld an einem Grundstück, das ihm nicht gehört.<sup>470</sup> Un-

<sup>462</sup> So etwa *Staudinger/Huber*, § 747, 63; ebenso der Ansatz bei *A. Blomeyer*, AcP 159, 385; *Larenz*, JherJb 83, 120ff.; *Schünemann*, Gesamthandsgesellschaft S. 170; *Reinhardt/Schultz*, Gesellschaftsrecht Rdn. 26, die allerdings keine Folgerungen für die Frage des redlichen Erwerbs ziehen; a. A. *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 22, der daraus freilich keine konstruktiven Folgen ableitet, vielmehr den redlichen Erwerb nur einheitlich lösen will; vgl. dazu Fn. 469; andererseits will *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 17 bei Aufteilung und Übertragung der Teile redlichen Erwerb nur hinsichtlich der übereigneten Teile zulassen. v. *Tuhr*, I S. 82; *Palandt/Thomas*, § 747, 3b betrachten ebenfalls eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand als eine koordinierte Verfügung aller Teilhaber über ihre Bruchteile, ziehen jedoch keine Konsequenzen für den redlichen Erwerb.

<sup>463</sup> So auch *Staudinger/Gursky*, § 892, 101 gegen *Staudinger/Huber*, § 747, 66 und *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 24, die je entgegengesetzt einordnen.

<sup>464</sup> *Staudinger/Huber*, § 747, 63.

<sup>465</sup> So *Staudinger/Huber*, § 747, 63. Er behandelt dort zwar andere Fälle (Umwandlung in Gesamthandseigentum), sein Obersatz – (Teil-)Identität von Veräußerer und Erwerber als Ausschußgrund für redlichen Erwerb – paßt auch hier; im Gegensatz dazu bejaht er auch bei Realteilung, die Gesamtverfügung sein soll (*Staudinger/Huber*, § 747, 63), u. U. redlichen Erwerb (*Staudinger/Huber*, § 752, 24; siehe dazu sogleich unten § 5 V 6b (2)), bei Verkauf der Sache nach § 753 BGB sogar regelmäßig (*Staudinger/Huber*, § 753, 10).

<sup>466</sup> *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 22; *Soergel/Hadding*, § 747, 5.

<sup>467</sup> *Staudinger/Huber*, § 747, 67.

<sup>468</sup> Was auch *Staudinger/Huber*, § 747, 67 a. E. für diesen Fall konzidiert.

<sup>469</sup> KG DR 1928 Nr. 2461 (redlicher Erwerb bezüglich der gesamten dinglichen Belastung); *Palandt/Bassenge*, § 892, 3b bb; *Soergel/Baur*, § 892, 24; *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 24; unklar insoweit RGRK/*Augustin*, § 892, 12; a. A. OLG Stuttgart WürttZ 1927, 181, 182; *Staudinger/Gursky*, § 892, 101; *Krauel*, Miteigentum S. 53 ff.; ebenso wie die h. M. BayObLG JW 1928, 522, 523; KG HRR 1928 Nr. 1833, die daraus freilich ein Argument gegen die Zulässigkeit des redlichen Erwerbs überhaupt ableiten.

<sup>470</sup> So auch *MünchKomm/Wacke*, § 892, 41 Fn. 91. Das ist kein Widerspruch zum Begriff

teilbare Rechte – etwa ein Erbbaurecht – sind den durchgängigen Leitlinien unterworfen. Es reicht aus, wenn mit der Gegenleistung begonnen wurde oder sie – wie im Fall der gemischten Schenkung – hinter dem objektiven Wert zurückbleibt; redlicher Erwerb am dinglichen Recht insgesamt ist im Gegensatz zu einer nicht näher begründeten Ansicht<sup>471</sup> zu bejahen. Im Einzelfall umgekehrt zu entscheiden bedeutete überdies nicht eine Absage an den grundlegenden Ansatz – den Stellenwert des vom Erwerber erbrachten Opfers –, sondern faßte nur den Begriff der eigenen Leistung enger.

(2) Sie fehlt jedenfalls, wenn die vermeintlichen Eigentümer die Gemeinschaft auflösen und nach § 752 BGB die Sache real teilen.<sup>472</sup> Der Anspruch des Empfängers auf Auseinandersetzung, verbunden mit der Pflicht, dem Partner die vorgebliche Quote an dem für ihn bestimmten Anteil zu übertragen, kann eine schutzwürdige Position nicht konstituieren. Da die Sache einem Dritten gehört, wird eigenes Vermögen des scheinbaren Miteigentümers in der Aufteilung nicht eingesetzt. Nur soweit einer der Partner wirklicher Inhaber des Anteils war – die vorangegangenen Geschäfte mögen nur bei einem der Betroffenen mißlungen sein –, ist sein Privileg gerechtfertigt.<sup>473</sup> Mit der Übertragung des ihm tatsächlich zustehenden Anteils an der für den Kontrahenten bestimmten Sache hat er dem Postulat eigener Leistung genügt.

Auch bei einem Verkauf an einen Miteigentümer gemäß § 753 BGB ist redlicher Erwerb weder von vornherein zu mißbilligen, wie indes eine breite Strömung in Rechtsprechung und Literatur glaubt entscheiden zu können,<sup>474</sup> noch glückt er stets rundweg.<sup>475</sup> Geschützt wird der Käufer nur, soweit der angebliche Anteil seines Vertragspartners betroffen ist. Er hat eine Leistung erbracht – was freilich nicht auch für den Anteil wirkt, für den er selbst fälschlich im Grundbuch eingetragen

---

des Opfers, für den regelmäßig eine Teilleistung genügt (vgl. z.B. oben § 5 IV 4). Normalerweise verbietet sich eine Teilung des Gegenstandes zwischen Erwerber und bisher (zur Gänze) Berechtigten. Das ist anders, wenn die Teilung ohnehin – schon vorher – erfolgt war.

<sup>471</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 101; anders entscheiden diejenigen, die schon bei teilbaren Rechten den redlichen Erwerb einheitlich bestimmen wollen und – in concreto bei einem Grundpfandrecht – bejaht haben; vgl. dazu die Nachw. in Fn. 469.

<sup>472</sup> Ebenso *Staudinger/Gursky*, § 892, 101; *Staudinger/Huber*, § 747, 23, der darauf hinweist, daß ohnedies eine Herausgabepflicht nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB bestehe (exakter wäre § 816 Abs. 1 S. 2 BGB); MünchKomm/K. *Schmidt*, § 752, 5, der das Verkehrsgeschäft verneint, da der Mangel im Recht den Erwerber bereits vor der Veräußerung belastet habe; vgl. hiergegen schon oben § 5 V 6a; *Soergel/Hadding*, § 752, 8.

<sup>473</sup> *Staudinger/Huber*, § 752, 24 unter Berufung darauf, der Miteigentümer sei schutzwürdig; er habe schließlich sein Miteigentum eingesetzt. Das ist nichts anderes als das Kriterium der eigenen Leistung; vgl. aber schon Fn. 465. – Der nichtberechtigte Veräußerer hat den an ihn übereigneten Anteil gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB herauszugeben (*Staudinger/Huber*, § 752, 24; offensichtlich übersehen von *Krauel*, Miteigentum S. 56f.) – ein weiteres Indiz für die Verknüpfung der beiden Leistungen bei der Teilung.

<sup>474</sup> KG JW 1927, 2521 sowie die weiteren Nachw. in Fn. 451.

<sup>475</sup> So jedoch *Staudinger/Huber*, § 753, 10 im Gegensatz zu seinem grundlegenden Ansatz; vgl. hierzu bei und in Fn. 462; MünchKomm/K. *Schmidt*, § 753, 13.

war. Die Lösung entspricht derjenigen der Veräußerung des Anteils und liegt somit auch wertungsmäßig parallel. Das zeigt sich insbesondere, wenn dem Käufer die von ihm gehaltene Quote tatsächlich gehörte; sein Erwerb ist dann auch kondiktionsfest.

### 7. Der redliche Erwerb im Gesellschaftsrecht

Hauptgebiet der mit dem Topos des fehlenden Verkehrsgeschäfts charakterisierten Problematik sind seit jeher das Gesellschaftsrecht und das Recht der Gesamthand. Bei einem Wechsel der Organisationsform oder der Übertragung auf einzelne Gesellschafter läßt sich das Rechtsgeschäft selbst nicht leugnen. Das dennoch verbleibende Unbehagen hat die h.M. dazu bestimmt, nach Möglichkeiten restriktiver Interpretation zu suchen. Ihr Vorgehen bleibt allerdings mehr oder weniger intuitiv, wird mit einem Verlust an Systematik und Stringenz der Argumentation erkauft. Mag in eindeutigen Fällen auch weitgehend Konsens über das Ergebnis herrschen, so endet er schnell dort, wo die Dinge komplizierter liegen. Der Hinweis auf wirtschaftliche Identität führt etwa bei Veräußerung einer fremden Sache durch eine juristische Person an einen Teil ihrer Gesellschafter zu einer beinahe alle Denkmöglichkeiten umfassenden Skala, die vom redlichen Erwerb über eine Differenzierung nach Fallgruppen bis hin zur strikten Ablehnung<sup>476</sup> reicht. Unausgegrenzte Argumentationsmuster ziehen nicht zufällig kontroverse Resultate nach sich. So ist das Argument der wirtschaftlichen Identität nur dort sinnvoll, wo es um reine Vermögensumschichtungen geht oder – anders ausgedrückt – die Gesellschafter bzw. Gesamthandsmitglieder des Erwerbers derart am Veräußerer beteiligt sind, daß sie auf das Entgelt wieder zugreifen können; lediglich dann läßt sich, wenn überhaupt, ein Opfer des Erwerbers leugnen.

#### a) Der Erwerb von der Gesellschaft und der Erwerb der Gesellschaft

Der erste Problemkomplex zeichnet sich durch die gänzliche oder partielle Identität der – wenngleich über unterschiedliche rechtliche Organisationsformen – in das Geschäft mittelbar involvierten Personen aus.

(1) Recht unkompliziert liegt das Gros der Fälle, da es dort bereits an der Gegenleistung fehlt. So verdient weniger das Ergebnis der h.M. Skepsis als ihre Rechtfertigung. Muß es doch die eigentliche Wertung zudecken, wenn die bloße Tatsache, daß Mitglieder einer Gesamthand ein ihnen nicht gehörendes Grundstück an sich selbst zu Bruchteilseigentum aufgelassen<sup>477</sup> oder es auf eine von ihnen selbst gebildete

<sup>476</sup> Vgl. vorläufig den Überblick bei *Staudinger/Gursky*, § 892, 90.

<sup>477</sup> KG JFG 5, 409, 412; *Staudinger/Gursky*, § 892, 80 mwN. aus der aufwertungsrechtlichen Literatur; *Erman/Hagen*, § 892, 12; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 59; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 40; *Soergel/Baur*, § 892, 21; *RGRK/Augustin*, § 892, 10; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 e; *Wolff/Raiser*, § 45 I 4; *Westermann/Eickmann*, § 101 III 2; *Eichler*, II 2 S. 387; *Lutter*, AcP 164, 160; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 21; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 184; a.A. BayObLG JFG 3, 409, 412; *Rosenberg*, § 892 II 3 b = S. 415 mwN. aus der älteren Literatur. –

OHG übertragen hatten,<sup>478</sup> schon als Begründung ausreichen soll, redlichen Erwerb zu sperren. Erst die fehlende Entgeltlichkeit gibt den Ausschlag.<sup>479</sup>

(2) Was sich bei einer Verfügung ohne Gegenleistung noch als Schönheitsfehler in der argumentativen Absicherung ausnimmt, muß spätestens dann zu handfesten Differenzen führen, wenn das zugrunde liegende obligatorische Geschäft gegenseitige Pflichten begründet und auf seiten des Käufers zusätzliche, dem Verkäufer nicht angehörige Personen stehen. Hier – wie die h.M. – redlichen Erwerb zu billigen<sup>480</sup> ist von ihrem Standpunkt her eigentlich nicht konsequent. Abweichende Ansichten, namentlich verfochten für das Recht der Kapitalgesellschaften, die etwa die Schutzwürdigkeit im Einzelfall<sup>481</sup> oder Art bzw. Umfang der Beherrschung<sup>482</sup> ins Kalkül ziehen, bieten andererseits wenig griffige Kriterien an, übersehen letztendlich, daß die beim Erwerber hinzutretenden Mitglieder kraft ihrer Investition schutzwürdig sind. Selbst und gerade der Hinweis auf wirtschaftliche Gesichtspunkte kann sich nicht darüber hinwegsetzen, daß nicht alle auf Erwerberseite stehenden Personen mit dem Veräußerer verflochten sind und ihnen der Rückgriff auf den Kaufpreis demzufolge versperrt ist. Bedenken weckt höchstens der Umfang des redlichen Erwerbs. Doch spricht alles dagegen, den Verkehrsschutz auf den Anteil der nicht

---

Nichts anderes gilt für die umgekehrte Richtung: Bruchteilseigentümer verfügen an die aus denselben Personen gebildete Gesamthand.

<sup>478</sup> RGZ 117, 257, 265 ff.; RG Gruchot 71, 272, 274; KG JR 1927 Nr. 1141; JW 1927, 805 f.; OLG Hamburg OLGE 46, 72, 73; AK/L. v. Schweinitz, §§ 892 f., 59; MünchKomm/Wacke, § 892, 40; Soergel/Baur, § 892, 21; RGRK/Augustin, § 892, 10; Staudinger/Gursky, § 892, 80; Planck/Strecker, § 892 II 1 c; Baur, § 23 III 3 d bb; Westermann/Eickmann, § 101 III 2; Wolff/Raiser, § 45 I 4; Eichler, II 2 S. 387; Lutter, AcP 164, 161; Fritsch, JherJb 82, 277 f.; Heinsheimer, Gruchot 72, 184; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 23; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 6 f.

<sup>479</sup> Das war etwa der Fall in RGZ 117, 257 ff.; RG Gruchot 71, 272 ff. (2. Revisionsentscheidung zu RGZ 117, 257 ff.); OLG Hamburg OLGE 46, 72 ff.; wohl auch KG JR 1927 Nr. 1141; JW 1927, 805 f.; ebenso bei Erwerb einer AG vom einzigen Gesellschafter; vgl. etwa RGZ 119, 126, 130; 129, 119, 121; RG BayZ 1931, 157, 158 (wo das RG auch auf § 816 Abs. 1 S. 2 BGB hinweist); BGHZ 30, 255, 256; BayObLGZ 1926, 368, 369.

<sup>480</sup> RGZ 117, 257, 267; RG Gruchot 71, 272, 274; KG JR 1927 Nr. 48; OLG Stuttgart JW 1927, 62, 63; AK/L. v. Schweinitz, §§ 892 f., 59; RGRK/Augustin, § 892, 10; MünchKomm/Wacke, § 892, 40; Staudinger/Gursky, § 892, 83; Wolff/Raiser, § 45 I 4 a.E.; Westermann/Eickmann, § 101 III 2; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 23; Fritsch, JherJb 82, 279; Heinsheimer, Gruchot 72, 183; Stoevesandt, Rückerwerb S. 62, jeweils für den Erwerb von einer Gesamthand bzw. Einzelperson durch eine Dritte umfassende Gemeinschaft; RGZ 119, 126, 132; RG JW 1930, 3740; HRR 1930 Nr. 1214; 1931 Nr. 591; WarnR 1936 Nr. 171 = S. 327, 329; KG HRR 1928 Nr. 1144; Erman/Hagen, § 892, 12; AK/L. v. Schweinitz, §§ 892 f., 60; MünchKomm/Wacke, § 892, 40; Soergel/Baur, § 892, 22; Soergel/Schultze-v. Lasaulx<sup>11</sup>, vor § 21, 37; RGRK/Augustin, § 892, 10; Staudinger/Gursky, § 892, 83; Wolff/Raiser, § 45 I 4 a.E.; Fritsch, JherJb 82, 308 f.; Heinsheimer, Gruchot 72, 192; Lutter, AcP 164, 161 Fn. 135; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 35; Serick, Rechtsform S. 196 f.; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 7, jeweils für den Erwerb von der juristischen Person.

<sup>481</sup> Rehbinder, Konzernaußenrecht S. 467.

<sup>482</sup> So etwa Wiedemann, I § 4 II 3 b = S. 216; Rittner, Juristische Person S. 275.

beim Veräußerer beteiligten Personen zu beschränken.<sup>483</sup> Der Gegenstand ist der Kapitalgesellschaft bzw. Gesamthand zugeordnet; anders als beim Bruchteilseigentum läßt sich das Recht nur einheitlich zuweisen,<sup>484</sup> wobei im Einklang mit der durchgängigen These, daß eine Zahlung genügt, die hinter dem Wert des erworbenen Gegenstands zurückbleibt,<sup>485</sup> die Leistung der an der veräußernden Gesellschaft nicht beteiligten Personen redlichen Erwerb eröffnet.

(3) Ungleich mehr Probleme birgt der umgekehrte Fall: Nicht alle am Veräußerer Beteiligten stehen auf der Erwerberseite. Die h. M. will hier unterscheiden zwischen Gesamthandsbeteiligungen und juristischen Personen. Im ersten Fall fehle das „Verkehrsgeschäft“, <sup>486</sup> anders sei der zweite zu entscheiden.<sup>487</sup> Art und Legitimation des Unterschieds bleiben im dunkeln, sie zu begründen wirkt auch recht schwierig:

<sup>483</sup> Ebenso RGZ 117, 257, 267; OLG Stuttgart JW 1927, 62, 63; *Staudinger/Gursky*, § 892, 83; *Fritsch*, JherJb 82, 279; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 23; *Serick*, Rechtsform S. 196; wohl auch *Koller*, JZ 1972, 648 Fn. 31.

<sup>484</sup> Das ist zwar strittig, aber ganz h. M.; vgl. dazu genauer unten § 5 V 7b (2).

<sup>485</sup> Vgl. dazu oben § 5 I 4 a sowie § 5 IV 4.

<sup>486</sup> *Erman/Hagen*, § 892, 12; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 40; *ders.*, Jura 1986, 436; *Staudinger/Gursky*, § 892, 81 f.; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 e; *Westermann/Eickmann*, § 101 III 2; *K. Müller*, Rdn. 1070; *Wolff/Raiser*, § 45 I 4; *Lutter*, AcP 164, 160 f.; *Eichler*, Vertrauen S. 100 Fn. 123; *Fritsch*, JherJb 82, 278, 282 f.; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 183; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 24; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 7; *Epping*, DRiZ 1931, 173; *Knur*, Erwerb S. 46 f., jeweils im Rahmen des § 892 BGB; *MünchKomm/Quack*, § 932, 19 für §§ 932 ff. BGB; *Jauernig/Stürner*, § 2366, 1b; *Soergel/Damrau*, § 2366, 5; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 22; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 10; *Planck/Greifff*, § 2366 IV 2; *Wiegand*, JuS 1975, 283 Fn. 4; *Schreiner*, NJW 1978, 924; *Kuchinke*, Jura 1981, 285 für § 2366 BGB; a. A. durchgängig *Rosenberg*, § 892 II 3b = S. 415 mwN. Die Rechtsprechung umfaßt mehrere Fallgruppen; vgl. etwa RGZ 129, 119, 121; 136, 148, 150; RG DR 1907 Nr. 884; BGH DNotZ 1953, 400, 402; KG JW 1927, 1000, 1001 mit zust. Anm. von *Mügel*; HRR 1928 Nr. 2275; OLG Dresden SächsJMBI 1927, 80, 82; OLG Stuttgart JW 1927, 2896, 2897; OLG Hamm MittBayNotV 1975, 72, 74 zur Übertragung von einer Miterbengemeinschaft auf ein Mitglied mit dem Argument, hier liege mittelbarer gesetzlicher Erwerb vor; es werde lediglich die Beschränkung des Eigentums durch die Miterben beseitigt; ablehnend OLG Dresden AufwRspr II S IV 43, 45; v. *Tuhr*, I S. 354; *Heck*, Sachenrecht § 44 II 3; vgl. hierzu noch unten § 5 V 7c (3); RGZ 129, 119, 121; BGHZ 30, 255, 256; KG JFG 5, 432, 437; JR 1927 Nr. 1141; BayObLGZ 1928, 18, 19; JW 1930, 836, 837 mit im Ergebnis zustimmender Anm. von *Sternberg* zur Übertragung von einer Gütergemeinschaft auf ein Mitglied; RG SeuffA 85, 81, 82; BayObLG MittBayNotV 1928, 14; KG JR 1928 Nr. 47; BGHZ 86, 300, 309 f. (obiter); a. A. OLG Stuttgart JW 1927, 61, 62; BayObLG JFG 3, 409, 412 f.; v. *Tuhr*, I S. 354 Fn. 21; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 124, 6 A („u. U.“) für die Übertragung von einer Gesamthand auf einen Gesellschafter.

<sup>487</sup> RGZ 130, 340, 341; RG JW 1929, 1387, 1388; 1930, 3740; HRR 1930 Nr. 1214; AufwRspr II S VI 46; *Jauernig*, § 892, 5 cbb; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 60; *Soergel/Baur*, § 892, 22; *Soergel/Schultze-v. Lasaulx*<sup>11</sup>, vor § 21, 37; *RGRK/Augustin*, § 892, 10; *Staudinger/Gursky*, § 892, 90; *Eichler*, II 2 S. 387; *ders.*, Vertrauen S. 100 Fn. 123; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 192; *Fritsch*, JherJb 82, 307; *Serick*, Rechtsform S. 197 f.; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 36 f.; für beide Fälle redlichen Erwerb ablehnend *Palandt/Bassenge*, § 892, 3b; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 e; *Enneccerus/Nipperdey*, § 103 III Fn. 11 e. Entsprechendes gilt für Verfügungen in umgekehrter Richtung.

Entweder gibt die (partielle) Identität den Ausschlag, dann gilt das auch bei juristischen Personen, oder man braucht sich nicht um sie zu kümmern, dann kann man im Recht der Gesamthand nicht abweichend entscheiden.<sup>488</sup> Näher liegt es, Fallgruppen zu bilden: Ein „Kleinaktionär“ oder „unbedeutender Minderheitsaktionär“ könne redlich erwerben, nicht dagegen der Mehrheitsgesellschafter<sup>489</sup> – eine Ansicht, die man konsequenterweise auf die OHG oder KG zu erstrecken hätte. In gleicher Weise ist es zumindest nicht widersprüchlich, den Erwerb durch ein Mitglied einer juristischen Person in gleicher Weise wie den von einer Gesamthand nicht dem Schutz der Redlichkeitsnormen zu unterstellen.<sup>490</sup> Die beiden letztgenannten Ansätze fußen jedoch, selbst wenn dies meist nicht ausgesprochen wird, ebenso wie die h.M. für die Gesamthand auf der These, der Erwerber sei auf das Grundbuch nicht angewiesen – und landen so prompt bei einer Sanktion für das „Kennenmüssen“. <sup>491</sup> Sie beschwören die Ungewißheit einer exakten Definition herauf, wann eine Beteiligung nicht mehr als relevant einzustufen ist,<sup>492</sup> vernachlässigen, daß – unbeschadet der konkreten rechtlichen Verbindung – der oder die an der erwerbenden Gesellschaft bzw. Gesamthand Beteiligten ein Opfer erbracht haben. Den Kaufpreis können sie nicht zur Gänze zurückerhalten, selbst wenn die veräußernde Gesellschaft oder Gesamthand unverzüglich beschließen sollte, den Erlös auszuschütten. Der Anteil mindestens eines Beteiligten läge notwendigerweise unter dem Betrag, den er gemäß seiner Quote an der erwerbenden Gesellschaft zu diesem Geschäft beigesteuert hätte. Dieser überschießende Teil begründet wie stets das Privileg redlichen Erwerbs.

(4) Redlicher Erwerb ist sonach, mag dies der h.M.<sup>493</sup> auch widersprechen, in gleicher Weise dort möglich, wo zwar auf beiden Seiten des Geschäfts Gesellschaften mit identischen Mitgliedern stehen, wo aber die Beteiligungsquoten verschieden strukturiert sind. Jedenfalls ein Gesellschafter ist an der erwerbenden Gesellschaft mit einem höheren Anteil beteiligt als an der veräußernden. Auf seine Investition kann er nicht in vollem Umfang zugreifen. Das kennzeichnet ihn als schutzwür-

---

<sup>488</sup> Meist nicht in diesem Zusammenhang, sondern nur bei der Liquidation der Gesellschaft wird das Argument angeführt, der Erwerber sei auch vorher schon (Buch-)Eigentümer, beschränkt lediglich durch die Rechte seiner Mitgesellschafter gewesen. Die Begründung wäre auch hier einschlägig, da auch bei sonstigem Erwerb (rechtliche) Identität von Veräußerer und Erwerber vorläge. Da die meisten Autoren sich jedoch auf die Liquidation beschränken, wird die Frage dort behandelt; vgl. unten § 5 V 7b (2).

<sup>489</sup> *Wiedemann*, I § 4 III 2b = S. 235; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht S. 467; *Müller-Freienfels*, AcP 156, 533; *Rittner*, Juristische Person S. 274f.; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, § 13, 15; ähnlich *Flume*, I 2 § 3 II = S. 72.

<sup>490</sup> MünchKomm/Reuter, vor § 21, 26; *Wolff/Raiser*, § 45 I 4; wohl auch *Lutter*, AcP 164, 161.

<sup>491</sup> Vgl. dazu schon oben § 5 III 2a.

<sup>492</sup> RG JW 1929, 1387, 1388; *Staudinger/Gursky*, § 892, 90; *Fritsch*, JherJb 82, 307f.; *Serick*, Rechtsform S. 198; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 38.

<sup>493</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 80; *Planck/Strecker*, § 892 II 1e; *Hueck*, OHG § 16 IV 2; wie hier wohl *Heinsheimer*, Gruchot 72, 195; zumindest zweifelnd *Koller*, JZ 1972, 648.

dig<sup>494</sup> und begünstigt als Reflex wegen der Unteilbarkeit der Eigentumszuweisung seine Partner.

(5) Die „wirtschaftliche Identität“ und ihre Prämissen und Funktion zu überprüfen ist erst geboten, wenn Veräußerer und Erwerber von denselben Personen gebildet werden und die Quoten kongruieren. Beispiele sind Verfügungen zwischen Gesamthandsgemeinschaften und juristischen Personen, aber auch Geschäfte zwischen diesen und ihren Gesellschaftern. Da insbesondere der Erwerb des Einmann-gesellschafters von der von ihm beherrschten juristischen Person in letzter Zeit wieder stärker in den Vordergrund der Diskussion gerückt wird, sei er paradigmatisch erörtert. Die Grundsätze gelten freilich allgemein.<sup>495</sup>

Lange Zeit war man über das Ergebnis nahezu einhelliger Auffassung: Fehle das Verkehrsgeschäft, da dieselben Personen auf beiden Seiten beteiligt seien, so gebe es keinen redlichen Erwerb.<sup>496</sup> Schon früh hatte *Heck*<sup>497</sup> die h.M. attackiert; ihm hat

<sup>494</sup> So denn auch für die Verfügung über Bruchteilseigentum die dort h.M.; vgl. die Nachw. in Fn. 483. Strukturell besteht insoweit kein Unterschied.

<sup>495</sup> Auch Grundsätze der Eigentumsordnung geben keinen Grund zu abweichender Sicht; vgl. dazu unten § 5 V 7c (1) für die Parallelproblematik bei der Liquidation der Gesamthand und der Verteilung.

<sup>496</sup> RGZ 119, 126, 130 (sieht man von der Unentgeltlichkeit ab; vgl. dazu Fn. 479); 126, 46, 48; 143, 202, 206 (in einem Sonderfall, in dem ein Dreißigstel der erwerbenden GmbH dem Sohn des Veräußerers, die restlichen Anteile diesem gehörten); RG HRR 1930 Nr. 1214; 1931 Nr. 1247; BGHZ 78, 318, 325; *Jauernig*, § 892, 5c bb; *Palandt/Bassenge*, § 892, 3b aa; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 60; *MünchKomm/Reuter*, vor § 21, 16; *Soergel/Hadding*, vor § 21, 35 a; *Soergel/Baur*, § 892, 21; *RGRK/Augustin*, § 892, 10; *Staudinger/Gursky*, § 892, 87; *Planck/Streicher*, § 892 II 1 e; *MünchKomm/Quack*, § 932, 19; *Baur*, § 23 III 3 d; *Westermann/Eickmann* § 101 III 2; *Wolff/Raiser*, § 45 I 4; *Eichler*, II 2 S. 386; *ders.*, *Vertrauen* S. 100 Fn. 123; *Enneccerus/Nipperdey*, § 103 III Fn. 11 e; *Serick*, *Rechtsform* S. 194 f.; *Reeb*, *Verkehrsgeschäfte* S. 27 f.; *Wiedemann*, I § 4 III 2 b = S. 235 (der Beherrschung genügen läßt); *Hueck*, *Gesellschaftsrecht* § 35 IV 2 c dd; *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht* § 9 III 2 c = S. 180; *Rehbinder*, *Konzernaußenrecht* S. 467 (differenzierend nach Schutzwürdigkeit); *Rittner*, *Juristische Person* S. 274 f.; *Müller-Freienfels*, *AcP* 156, 533 (differenzierend nach Schutzwürdigkeit); *Lutter*, *AcP* 164, 161 Fn. 135; *Coing*, *NJW* 1977, 1795 f.; *Kübler*, *Gesellschaftsrecht* § 23 I 1; *Hueck*, in *Baumbach/Hueck GmbHG* § 13, 16; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, § 13, 15; *Roth*, *GmbHG* § 13, 3.4; *Scholz/Emmerich*, *GmbHG* § 13, 74; *Hachenburg/Mertens*, *GmbHG* § 13 Anh. I, 54; *Heinsheimer*, *Gruchot* 72, 193 ff.; *Fritsch*, *JherJb* 82, 284 ff., 308; *Marschall v. Bieberstein*, *JZ* 1965, 405 f. (zu OLG Stuttgart *JZ* 1965, 415; OLG Hamm *JZ* 1965, 416); *v. Mangoldt*, *AcP* 134, 87 f.; *Graßhoff*, *LZ* 1931, 582; *Epping*, *DRiZ* 1931, 173; *Pringsheim*, *JW* 1932, 3178; *Reinhardt*, *Festschrift für Lehmann* S. 580 f.; *Canaris*, *JuS* 1971, 444; *Hueck/Canaris*, § 9 II 1 a; *Tiedtke*, *Gutgläubiger Erwerb* S. 7 f.; *Reinhardt/Schultz*, *Gesellschaftsrecht Rdn.* 860; *Kuhn*, *Strohmanngründung* S. 205 f.; *Tröster*, *Ein-Mann-GmbH* S. 70 ff.; *Thomas Raiser*, *Recht der Kapitalgesellschaften* § 29 II 2 f.; im Ergebnis auch *Baumbach/Hefermehl*, *WG Art.* 17, 24. Das wird in der Regel nur für § 892 BGB ausgesprochen, muß aber auch für die §§ 932 ff. BGB gelten; vgl. etwa *Serick*, *Rechtsform* S. 198 Fn. 2; *Reeb*, *Verkehrsgeschäfte* S. 43 f.; *Reinhardt/Schultz*, *Gesellschaftsrecht Rdn.* 860.

Entsprechend werden andere Übertragungen behandelt; so etwa die von einer Erbengemeinschaft auf eine KG; vgl. dazu RGZ 117, 257, 265 f.; RG Gruchot 71, 272, 274; OLG Hamburg OLGE 46, 72, 73; von einer OHG auf eine GmbH; vgl. etwa KG JW 1927, 1431,



sich *Wilhelm* in jüngster Zeit angeschlossen: Man verkenne die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft, identifiziere man sie ohne weiteres mit ihren Mitgliedern. Die strikte Trennung führe zum Schutz des Erwerbers; es gehe schließlich um einen Erwerb aus fremdem Vermögen. Soweit die Gesellschaft begünstigt sei, habe der Gesellschafter allerdings die Möglichkeit, das von ihm veräußerte Gut wieder zu entnehmen. Auf diesen Anspruch könne der bisher Berechtigte über § 816 Abs. 1 BGB zugreifen und somit sein Eigentum zurückerhalten.<sup>498</sup> Der Gesellschaft selbst stehe ein solches Recht nicht zu. Der Gesellschafter erwerbe – vom Ausnahmefall des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB abgesehen – endgültig.<sup>499</sup> Ähnlich skeptisch, wenngleich mit umgekehrtem Ergebnis, argumentiert *Flume*: Geschützt ihrer Gläubiger, aber auch ihrer selbständig am Rechtsverkehr teilnehmenden Wirkungseinheit wegen, insbesondere für den Fall fehlender Regreßmöglichkeit, sei die juristische Person, nicht ihr Gesellschafter.<sup>500</sup>

Das angeblich fehlende Verkehrsgeschäft als Folge rechtlicher bzw. wirtschaftlicher Identität trägt zur Klärung wenig bei – darin ist den Kritikern der h. M. durchaus beizupflichten: Muß man doch erst begründen, daß und warum man die je rechtliche Selbständigkeit von juristischer Person und Mitglied hintansetzen darf,<sup>501</sup> kann das Resultat nicht einfach postulieren. Von subjektivem Rechtsmißbrauch<sup>502</sup> zu sprechen liefe, jedenfalls soweit die Handelnden redlich waren – und nur dann spielt es eine Rolle –, wiederum auf die Sanktion für mehr oder weniger fiktives

1432 mit ablehnender Anm. von *Bing*; von einer GmbH auf eine OHG; vgl. etwa OLG Karlsruhe AufwRspr II 669, 670 f.; von einer fortgesetzten Gütergemeinschaft auf eine OHG; vgl. etwa KG JR 1927 Nr. 1141; von einer OHG auf ihre Teilhaber; vgl. etwa KG JW 1927, 805 f.; von einer OHG auf eine AG; vgl. etwa RGZ 130, 390, 392; BayObLGZ 1926, 368, 369; KG JW 1927, 1494; von einer AG auf ihre Muttergesellschaft; vgl. etwa RG JR 1931 Nr. 1047.

<sup>497</sup> *Heck*, Sachenrecht § 44 II 3; a. A. als die h. M. auch Kölner Komm/Kraft, § 1, 78.

<sup>498</sup> *Wilhelm*, Rechtsform S. 266 ff., 269 f.

<sup>499</sup> *Wilhelm*, Rechtsform S. 270 ff.; schon damit, erst recht aber mit der hier vertretenen Konzeption, paßt es nicht zusammen, wenn *Wilhelm*, Rechtsform S. 261 Fn. 849 redlichen Erwerb im Fall des KG JW 1927, 805 deshalb ausschließen will, weil die OHG-Mitglieder ihre Anteile in eine GmbH eingebracht hätten, wodurch die GmbH die Anteile nur durch Anwachsung, also nicht durch ein Rechtsgeschäft erlangt habe. Zumindest müßte man dann nach der Legitimation eines solchen Unterschieds fragen, wenn man ansonsten schon – richtig – die Entgeltlichkeit des Erwerbs für das ausschlaggebende Merkmal hält.

<sup>500</sup> *Flume*, 12 § 3 II = S. 71.

<sup>501</sup> Vgl. nur *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 35 IV 2c; *Reinhardt/Schultz*, Gesellschaftsrecht Rdn. 851, 859; *Serick*, Rechtsform S. 24; *Scholz/Emmerich*, GmbHG § 13, 59; skeptisch zur Sichtweise des Trennungsprinzips *Scholz/Winter*, GmbHG<sup>6</sup> § 13, 25 mwN.; *Hachenburg/Mertens*, Gn.bHG § 13 Anh. I, 42, die freilich nicht leugnen, daß das in concreto zum Durchgriff führende Ergebnis der Legitimation bedarf.

<sup>502</sup> Vgl. hierzu den Überblick bei *Wiedemann*, I § 4 III vor 1 = S. 218 f.; *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 35 IV 2c; *Scholz/Emmerich*, GmbHG § 13, 79 ff.; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG § 13 Anh. I, 39; *Kübler*, Gesellschaftsrecht § 23 I 1; *Thomas Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften § 29 I 3; sowie als Vertreter etwa BGH WM 1958, 460, 462; BSG NJW 1984, 2117, 2118; *Serick*, Rechtsform durchgängig, z. B. S. 38 f.; weitere Nachw. bei *Scholz/Emmerich*, GmbHG § 13, 80.

„Kennenmüssen“ hinaus. Andererseits setzt eine objektive Anknüpfung den kaum zu erbringenden Nachweis voraus, daß die gewählte Form im Hinblick auf das angestrebte Ziel rechts- oder zumindest sachwidrig sei;<sup>503</sup> dem intendierten Gesellschaftszweck gegenüber ist das Veräußerungsgeschäft regelmäßig neutral. Schließlich tut sich auch die Normanwendungstheorie<sup>504</sup> schwer, die dem Problem durch eine sachgerechte Interpretation der betroffenen Vorschrift Herr werden will: Die Beschränkung des redlichen Erwerbs auf Verfügungen, in denen eine Vermögensverschiebung stattfindet,<sup>505</sup> setzt erst eine teleologische Reduktion des § 892 BGB voraus, die definitionsgemäß über dessen bloßen Wortlaut hinausführt. § 13 Abs. 1 S. 1 GmbHG hilft in dieser Situation nicht weiter. Insbesondere fehlt die ansonsten charakteristische Kollision zwischen zwei Vorschriften:<sup>506</sup> § 892 BGB deutet ebenso wie § 13 Abs. 1 S. 1 GmbHG vom Wortlaut her auf die Selbständigkeit beider Partner, somit auf die Zulässigkeit redlichen Erwerbs hin. Eine restriktive Interpretation des § 13 Abs. 1 S. 1 GmbHG aufgrund einer Konfliktlage mit § 892 BGB ist frühestens möglich, sobald die eine einengende Anwendung der Redlichkeitsnormen legitimierenden Gesichtspunkte eingeführt werden.<sup>507</sup> Damit schließt sich der Kreis. Ohne teleologische Reduktion des § 892 BGB gilt für den Erwerb der oder von der juristischen Person keine Besonderheit; hierin liegt nach wie vor die eigentliche Aporie. Mit anderen Worten: Ist die Beschränkung des Redlichkeitsschutzes generell mit dem Hinweis auf die wirtschaftliche Identität und das aus diesem Grund fehlende Verkehrsgeschäft allein nicht genug abgesichert, so gilt das erst recht dort, wo mit diesem Topos die von § 13 Abs. 1 S. 1 GmbHG angeordnete Selbständigkeit der juristischen Person relativiert werden soll.

Das heißt keineswegs, daß die Lösung der h. M. in Bausch und Bogen zu verwerfen ist, es dokumentiert aber die Notwendigkeit, die maßgebenden Gesichtspunkte gegenüber einer zu einseitig auf die zirkuläre Verneinung eines Verkehrsgeschäfts fixierten Diskussion herauszufiltern. *Heck* hat sie schon genannt: Das einzige Mit-

<sup>503</sup> Vgl. zu dieser Abgrenzung BGHZ 68, 312, 316f. mit umfangr. Nachw.; sowie den Überblick bei *Wiedemann*, I § 4 III vor 1 = S. 218f.; *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 35 IV 2c; *Scholz/Emmerich*, GmbHG § 13, 80 mwN.; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG § 13 Anh. I, 40; *Kübler*, Gesellschaftsrecht § 23 I 1; *Thomas Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften § 29 I 3; sowie als Vertreter *Reinhardt*, Festschrift für Lehmann S. 588ff., 593.

<sup>504</sup> Vgl. hierzu den Überblick bei *Wiedemann*, I § 4 III vor 1 = S. 219; *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 35 IV 2c; *Kübler*, Gesellschaftsrecht § 23 I 2; *Thomas Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften § 29 I 3; sowie als Vertreter *Müller-Freienfels*, AcP 156, 522ff., 532ff.; *Coing*, NJW 1977, 1793; *Schanze*, Ein-Mann-Gesellschaft S. 102ff.; mit Modifikationen im einzelnen auch *Hachenburg/Mertens*, GmbHG § 13 Anh. I, 41f.; iVm. dem institutionellen Mißbrauch auch *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG Anh. § 30, 56; *Scholz/Emmerich*, GmbHG § 13, 81; *Soergel/Hadding*, vor § 21, 39f.; *Reinhardt/Schulz*, Gesellschaftsrecht Rdn. 851ff.; *Kuhn*, Strohmangründung S. 203f.; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht S. 107ff. (mit Zugeständnissen zur institutionellen Theorie; vgl. S. 119ff.); *ders.*, Festschrift für Fischer S. 581f., jeweils mit umfangr. Nachw.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 9 III 2c = S. 180.

<sup>505</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 187.

<sup>506</sup> Vgl. etwa *Wiedemann*, I § 4 III 2b = S. 234.

<sup>507</sup> Vgl. auch *Wilhelm*, Rechtsform S. 278 Fn. 916.

glied der juristischen Person könne leer ausgehen, wenn es das angeblich seiner Gesellschaft gehörende Grundstück trotz Redlichkeit nicht erworben habe, andererseits den Kaufpreis nicht zurückerlange, da die GmbH inzwischen in Konkurs gefallen sei.<sup>508</sup> Das Kriterium liegt in der Zugriffsmöglichkeit auf den Erlös.<sup>509</sup> Es ermöglicht nicht nur, das fehlende Verkehrsgeschäft mit materieller Wertung aufzufüllen und sich so von der Leerformel der wirtschaftlichen Identität zu lösen, sondern entspricht auch dem – durchgängigen – Postulat, der Erwerber habe als Voraussetzung für seinen Schutz eine Investition zu erbringen.

Durchaus konsequent rekurriert *Reuter* als – soweit ersichtlich einziger – Vertreter der h.M. auf dieses Argument, verwendet es allerdings in umgekehrter Stoßrichtung. Habe der Gesellschafter in den Grenzen der §§ 30ff. GmbHG prinzipiell die Möglichkeit, von ihm eingezahlte Gelder zurückzuholen, so verdiene er nicht den Vorzug vor dem bisherigen Eigentümer.<sup>510</sup> Damit ist zunächst wenigstens ein gemeinsamer Nenner gefunden. Während die Mindermeinung aber von der Krise auf die Normallage schließt, muß die h.M. umgekehrt vorgehen.

Die besseren Gründe sprechen für das Ergebnis der überwiegenden Ansicht. Schon das Argument, im Fall eines Konkurses der Gesellschaft sei deren Mitglied zu sichern, beruht auf der Prämisse, der Einmannengesellschafter sei dem bisher Berechtigten gegenüber vorzuziehen. Korrekter wäre dagegen die Analyse, wen das Risiko eher treffen soll.<sup>511</sup> Die Widersprüche verstärken sich, wenn sich die Gesellschaft nicht in der Krise befindet. Entgegen *Wilhelm*<sup>512</sup> steht dann nicht nur das Wertinteresse des Eigentümers zur Debatte, sondern auch, ja in erster Linie, der Bestandschutz. Daß der Veräußerer in der Lage ist, auf den Kaufpreis wiederum zuzugreifen, muß in die Abwägung zugunsten des Eigentümers eingehen. Es fehlt am *dauerhaften* Opfer, per saldo also an einem tragfähigen Unterscheidungskriterium zur unentgeltlichen Verfügung.

Daher verkürzt die Problematik, wer – wie *Wilhelm* – den Erwerb begünstigen will, da er entgeltlich sei, die Zugriffsmöglichkeit auf den Erlös jedoch nicht erörtert.<sup>513</sup> Nicht halten läßt sich schon das Axiom, der Zeitpunkt der Gegenleistung sei

<sup>508</sup> *Heck*, Sachenrecht § 44 II 3; zustimmend *Wilhelm*, Rechtsform S. 266 f., 271 f.

<sup>509</sup> So auch *Wilhelm*, Rechtsform S. 270 Fn. 891.

<sup>510</sup> MünchKomm/*Reuter*, vor § 21, 27.

<sup>511</sup> *Flume*, I 2 § 3 II = S. 71 f. – Es ist nicht konsequent, wenn *Flume* im umgekehrten Fall den redlichen Erwerb bejahen will. Zum einen kann der Gesellschafter hier die veräußerte Sache tatsächlich wieder entnehmen, vor allem aber bedarf die Gesellschaft hier auch nicht eines weiter gehenden Schutzes als der Gesellschafter in dem im Text besprochenen Fall. Immer sind damit auch die jeweiligen Gläubiger betroffen, ohne daß *Flume* sich veranlaßt sähe, diejenigen des Gesellschafters zu schützen, wenn die Gesellschaft an ihn die Sache veräußert hatte. Gesellschaftsgläubiger sind insoweit nicht a priori besser zu behandeln als Gesellschaftergläubiger.

<sup>512</sup> *Wilhelm*, Rechtsform S. 272. – Die Ansprüche des früheren Eigentümers aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als Argument sind ein Beweis mit dem thema probandum. Ob er zugreifen kann, hängt ja zunächst von der Wirksamkeit der Verfügung ab. Das Herausgabeverlangen impliziert jedenfalls die Genehmigung gemäß § 185 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB.

<sup>513</sup> *Wilhelm*, Rechtsform S. 267, 269, 270 f.

ohne Einfluß, das Gesetz schütze daher nicht nur im Hinblick auf einen drohenden Vermögensverlust.<sup>514</sup> Gleiche Skepsis gilt der zentralen These: *Wilhelm* will Geschäfte zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft anerkennen, weil jener das Vermögen der juristischen Person als fremdes zu behandeln habe.<sup>515</sup> Doch ist es selbst nach *Wilhelms* eigenem Ausgangspunkt keineswegs ausgemacht, daß die Entnahme stets sorgfaltswidrig sein muß; nur dann könnte man dem Handeln des Gesellschafters einen Riegel vorschieben.<sup>516</sup> Genauso wie der Gesellschafter, beachtet er nur gewisse Regeln, Gelder der juristischen Person entnehmen kann,<sup>517</sup> kann er auch den gezahlten Preis für das entgeltlich übertragene Immobilienrecht zurückführen – was es nahelegt, in beiden Fällen gleich zu verfahren.

Je nach Gesellschaftsform differiert die Möglichkeit der Entnahme nach Voraussetzungen und Umfang. In der GmbH sind die Grenzen weiter gezogen als in der AG. Andere Prinzipien mögen im Recht der Personengesellschaften gelten. All dies ändert am Prinzip jedoch nichts. Selbst wenn man – etwa bei der AG aus Überlegungen des Gläubigerschutzes – zu einem für diese Gesellschaftsform abweichenden Ergebnis käme, weil eine Entnahmemöglichkeit regelmäßig nicht gegeben sei oder jedenfalls nicht ausreiche, so bewiese das nicht das Gegenteil, es bestätigt vielmehr den Grundsatz: Redlicher Erwerb bleibt abhängig von der Möglichkeit, auf den Erlös zuzugreifen.

#### b) Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen

Eigene Leistung ist zwar notwendige, indes nicht hinreichende Voraussetzung. Beziehen sich die Redlichkeitsvorschriften nicht auf das Geschäft, wie das etwa beim Erwerb von Gesellschaftsanteilen der Fall ist,<sup>518</sup> so kommt dem Käufer sein Opfer nicht zugute.

(1) Evident ist das bei juristischen Personen. Die §§ 1 Abs. 1 S. 1 AktG, 13 Abs. 1 GmbHG weisen das Eigentum der Gesellschaft, nicht deren Mitgliedern zu.<sup>519</sup> Daran ändert auch die Intention des Erwerbers nichts, selbst wenn er sich die Anteile ausschließlich deshalb übertragen läßt, um Inhaber eines im Grundbuch für die

<sup>514</sup> *Wilhelm*, Rechtsform S. 271; vgl. dazu schon oben § 5 IV.

<sup>515</sup> *Wilhelm*, Rechtsform S. 271.

<sup>516</sup> Vgl. hierzu die von *Wilhelm*, Rechtsform S. 336ff., 355ff. aufgestellten Postulate: Haftung wie ein Organ.

<sup>517</sup> Was auch *Wilhelm*, Rechtsform S. 181f. nicht leugnet.

<sup>518</sup> Eine Ausnahme gilt beim Erbschein, der redlichen Erwerb auch von Gesellschaftsanteilen deckt. Entsprechend den hier entwickelten Regeln gibt das Opfer des Übernehmenden den Ausschlag, auch wenn er bereits an der Gesamthand beteiligt ist; vgl. oben § 5 V 7a (3); a. A. etwa *Schreiner*, NJW 1978, 924 unter nicht näher hinterfragtem Hinweis, es fehle das Verkehrsgeschäft.

<sup>519</sup> Allg. Ansicht; vgl. etwa *Würdinger*, Aktienrecht § 4 III 1; *Wiedemann*, I § 4 I 2b = S. 198; *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 20 I 2; *Gefßler/Hefermehl/Eckardt*, AktG § 1, 14; *Thomas Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften § 8 I 2, jeweils für die AG; *Hueck*, in *Baumbach/Hueck GmbHG* § 13, 3 für die GmbH.

Gesellschaft ausgewiesenen Grundstücks zu werden. Die gewählte Form hindert redlichen Erwerb.<sup>520</sup>

(2) Die Lösung bei der Gesamthand, insbesondere im Recht der Personengesellschaft, ist für denjenigen zwingend vorgezeichnet, der die Gesamthand als teilrechtsfähig begreift; eine einheitliche Vermögenszuordnung ist damit gewährleistet.<sup>521</sup> Nach wie vor steht die h. M. einer solchen These zwar mit gehöriger Skepsis gegenüber,<sup>522</sup> ohne in der hier interessierenden Frage eine sich abhebende Lösung zu favorisieren. Rechtsträger sind die jeweiligen Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, nicht jedoch als Miteigentümer.<sup>523</sup>

Die vermögensrechtliche Verfassung der Gesamthand akzentuiert den korrekten Ansatz. Dagegen verstrickt sich die Begründung, An- bzw. Abwachsung bei Eintritt eines neuen Gesellschafters vollziehe sich von Gesetzes wegen, schließe redlichen Erwerb definitionsgemäß aus,<sup>524</sup> abermals in Widersprüche, weil die Konstruktion keineswegs die einzig denkbare ist. Genausogut läßt sich ein direkter – dann rechtsgeschäftlicher – Übergang der Position des Veräußerers auf seinen Partner vorstellen.<sup>525</sup> Nicht ausgemacht ist es auch, ob nicht der gesetzliche Erwerb eine ganz andere Zielrichtung – Gewährleistung der gesamthänderischen Bindung – verbürgen soll als ausgerechnet den Zweck, redlichen Erwerb zu verwehren.

Einige Autoren wollen allerdings die Gesamthand in strukturelle Parallele zur Bruchteilsgemeinschaft setzen; Spezifikum sei lediglich das Verbot, über den Anteil an einzelnen Gegenständen separat zu verfügen.<sup>526</sup> In Konsequenz einer solchen Bündelung fänden die für das Miteigentum einschließlich des dort möglichen redlichen Erwerbs geltenden Regeln<sup>527</sup> Anwendung. Die Kritik hat bereits an der Prämisse anzusetzen; ist die Gesamthand doch etwas anderes als das Aggregat von Bruchteilseigentum an mehreren Gegenständen. Das belegt nicht nur § 719 Abs. 2

<sup>520</sup> RGZ 118, 385, 386; 119, 126, 131; 126, 46, 49f.; 130, 390, 393; RG WarnR 1936 Nr. 171 = S. 327, 328; MünchKomm/Wacke, § 892, 42; *Fritsch*, JherJb 82, 298f.; *Reeb*, Verkehrsge-schäfte S. 30ff.; *Emmerich*, JW 1930, 256; a. A. *Lion-Levy*, JW 1928, 1555 unter Hinweis auf wirtschaftliche Gesichtspunkte.

<sup>521</sup> Vgl. etwa MünchKomm/Ulmer, § 705, 131; § 718, 2; weitere Nachw. § 705, 129 Fn. 318; *Soergel/Hadding*, § 705, 21; *Flume*, I 1 § 7 II = S. 90.

<sup>522</sup> Vgl. etwa *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 3 II; *Larenz*, II § 60 IV.

<sup>523</sup> BGHZ 34, 293, 296; 79, 374, 377; *Wiedemann*, I § 5 II 1 c = S. 258; *Hueck*, OHG § 3 IV mwN. in Fn. 12; *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 3 II; *U. Huber*, Vermögensanteil S. 124; *Larenz*, AT § 9 II 6; offen gelassen bei *Kübler*, Gesellschaftsrecht § 4 III 1, 3.

<sup>524</sup> So etwa RGZ 117, 257, 266; MünchKomm/Wacke, § 892, 36; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 185; vgl. auch *Wilhelm*, Rechtsform S. 261 Fn. 849.

<sup>525</sup> Vgl. etwa MünchKomm/Ulmer, § 719, 19, 31; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 45 III 3 a = S. 973; *Reinhardt/Schultz*, Gesellschaftsrecht Rdn. 99f. (vgl. auch Rdn. 95: Verkehrsge-schäft); *Hueck*, OHG § 27 II 3; *U. Huber*, Vermögensanteil S. 354 ff., 385 ff.; a. A. *Soergel/Hadding*, § 719, 13.

<sup>526</sup> *Schulze-Osterloh*, Gesamthänderische Bindung S. 88, 131f.; *Weber-Grellet*, AcP 182, 327f.; ähnlich die Konzeption von *Strohal*, Erbrecht II § 65 Fn. 25; ablehnend dazu *Staudinger/Gursky*, § 892, 82; *Fritsch*, JherJb 82, 282 Fn. 46.

<sup>527</sup> Vgl. oben § 5 V 6.

BGB, der die Eigenständigkeit der gesamthänderischen Bindung betont, sondern auch § 137 BGB als Ausdruck des Grundsatzes, daß ein Verfügungsverbot nicht durch Vereinbarung geschaffen werden kann – gerade darauf müßte aber der Ausschluß der Verfügung über einzelne Gegenstände beruhen.<sup>528</sup>

c) Die Einbringung in die Gesamthand und die Auflösung der Gesamthand

Ungebrochen ziehen sich die Grundsätze der h. M. bis hin zur Einbringung von Einlagen in eine Gesamthandsgesellschaft bzw. zur Verteilung von Vermögen bei deren Auflösung. Im ersten Fall sei redlicher Erwerb möglich, da auf Seiten des Erwerbers mehr und andere Personen stünden als auf der des Veräußerers.<sup>529</sup> Anders dagegen sei die Liquidation zu beurteilen; der Empfänger werde in Doppelfunktion tätig, ohne daß neben ihm weitere Personen als Erwerber träten.<sup>530</sup>

(1) Dem ist ohne Bedenken zuzustimmen für die Einlage. Zwar ist die Klassifizierung des Vertrages als entgeltlich oder unentgeltlich bei weitem nicht so einfach wie bei sonstigen Rechtsgeschäften. Die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Empfänger erbringen in dieser Eigenschaft keine Gegenleistung.<sup>531</sup>

Dies allein muß nicht die dem unentgeltlichen Erwerb immanente Schwäche bedingen. Mögen nämlich Rechtsnatur und Auswirkung der Verknüpfung zwischen den Pflichten der Mitglieder noch so zweifelhaft und ungeklärt sein,<sup>532</sup> die Verbindung als solche ist unbestreitbar und nicht angefochten.<sup>533</sup> Unentgeltlichkeit zu verneinen und die erwerbenden Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu privilegieren ist die zwingende Folge.

(2) Das gilt in gleicher Weise für die Aufteilung von – angeblich der Gesellschaft gehörendem – Vermögen. Die Verknüpfung ist spiegelbildlich zur Situation bei der Einbringung zu bewerten. Zwar leistet der Gesellschafter nichts an die Gesamthand,

<sup>528</sup> Vgl. dazu ausführlich *Schünemann*, Gesamthandsgesellschaft S. 81 f.

<sup>529</sup> Vgl. z. B. *Staudinger/Kessler*, § 706, 14; *Soergel/Hadding*, § 706, 15; *RGRK/v. Gamm*, § 706, 9; *v. Tuhr*, I S. 353 f.; *Hueck*, OHG § 16 IV 1; *U. Huber*, Vermögensanteil S. 73 Fn. 32 mwN.; im Prinzip auch *MünchKomm/Lieb*, § 816, 49, der die Fälle (stets?) als unentgeltliche Verfügungen begreift und daher § 816 Abs. 1 S. 2 BGB anwendet; offen gelassen und wegen Unredlichkeit im konkreten Fall verneint von BGH WM 1959, 348, 350; nicht ganz eindeutig BGHZ 86, 300, 310 (obiter).

<sup>530</sup> So etwa *Staudinger/Gursky*, § 892, 82; *Heinsheimer*, Gruchot 72, 184; *Fritsch*, JherJb 82, 280, 282 für die Miteigentumsenschaft; der Sache nach auch RGZ 129, 119, 121; BGHZ 30, 255, 256 (dort war die Verfügung unentgeltlich); nicht ganz eindeutig RGZ 120, 331, 332 f.; a. A. OLG Stuttgart JW 1927, 61, 62; *v. Tuhr*, I S. 354 Fn. 21; vgl. dazu schon oben § 5 V 7a (3) mwN. in Fn. 486.

<sup>531</sup> Die Ansicht von *H. Westermann*, Handbuch der Personengesellschaften I Rdn. 85, die Einlage der Gesellschafter stehe mit der Pflicht der Gesellschaft, sie am Gewinn zu beteiligen, im Synallagma, ist abzulehnen; vgl. etwa *MünchKomm/Ulmer*, § 705, 141; wohl auch *AK/Teubner*, § 705, 17.

<sup>532</sup> Vgl. dazu den Überblick bei *MünchKomm/Ulmer*, § 705, 137 ff.; *H. Westermann*, Handbuch der Personengesellschaften I Rdn. 84 ff. jeweils mwN.

<sup>533</sup> *v. Caemmerer*, Festschrift für Lewald S. 456 mit Fn. 61; *v. Tuhr*, II 2 S. 140; *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte S. 80 mwN.; *Schreiber*, JherJb 60, 174.

dennoch ist die Verteilung nicht unentgeltlich.<sup>534</sup> Die Diskussion um Reichweite und Grenzen vertraglicher Abfindungsklauseln hat den Blick dafür geschärft, welcher Vermögenswert in einem solchen Gesellschaftsanteil stecken kann – unabhängig davon, ob er in Geld ausgeglichen wird oder ob die Mitglieder die restliche Vermögensmasse, wie regelmäßig in der Liquidation, in Natur teilen.

Damit verzeichnet das Problem, wer den Erwerb der Gesamthand als entscheidend akzentuiert, während der spätere Übergang auf den Gesamthänder keine eigenständige Bedeutung mehr haben könne.<sup>535</sup> Als wenig förderlich entpuppt sich die Vorstellung, lediglich eine Beschränkung des bisher bestehenden Eigentums sei weggefallen.<sup>536</sup> Sie scheint sich zwar auf die h. M. berufen zu können, die grundsätzlich jeden Gesellschafter auf das Ganze berechtigt und nur durch die Befugnisse seiner Mitgesellschafter eingeschränkt<sup>537</sup> sieht. Angesichts der Probleme, zu denen diese Betrachtungsweise führt,<sup>538</sup> sichert eine solch rein konstruktive Lösung das Ergebnis nicht ab. So kommt es nicht von ungefähr, daß sich aus der Prämisse der h. M. auch anderweit konstruktive Folgerungen nicht ziehen lassen. Man ist sich etwa einig, daß die Übertragung der Umschreibung und nicht nur der Berichtigung im Grundbuch bedarf,<sup>539</sup> obgleich dies mit der Vorstellung, der Erwerber sei und bleibe Berechtigter, nicht zusammenpaßt. Das Resultat ist selbstverständlich für diejenigen, die schon die Prämisse der h. M. nicht teilen: Ist nur die Gruppe berechtigt,<sup>540</sup> läßt sich von Alleinzuständigkeit des jeweiligen Gemeinschafters sowieso nicht sprechen.

Eine eigenartige – in ihrer Konstruktion nach wie vor umstrittene – Mittelstellung nimmt die Übernahme einer Gesamthandsgesellschaft durch ein Mitglied ein. Sie spaltet sich nicht in je gesonderte Übertragungen der einzelnen Vermögensrechte auf; vielmehr verwandelt sich durch Gesamtrechtsnachfolge das Gesamthands- in Alleineigentum des Empfängers.<sup>541</sup> Daraus die Unmöglichkeit redlichen, da gesetzlichen Erwerbs zu folgern würde nur einen Ansatz wiederholen, der auch ansonsten

<sup>534</sup> v. Tuhr, II 2 S. 141; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 81.

<sup>535</sup> So jedoch Heinsheimer, Gruchot 72, 184; Mügel, JW 1927, 1000.

<sup>536</sup> So jedoch KG JR 1928 Nr. 47; Heinsheimer, Gruchot 72, 185; Fritsch, JherJb 82, 280; Epping, DRiZ 1931, 173.

<sup>537</sup> So etwa RGZ 65, 227, 235; GroßKomm/Fischer, § 105, 34; ähnlich KG JR 1927 Nr. 1325; Staudinger/Kessler, vor § 705, 72; wohl auch Schünemann, Gesamthandsgesellschaft S. 84 ff.

<sup>538</sup> Vgl. etwa Reinhardt/Schultz, Gesellschaftsrecht Rdn. 38; Schünemann, Gesamthandsgesellschaft S. 84 will dem etwa dadurch begegnen, daß er die Eigentumsrechte vervielfältigt: An jedem zum Gesamthandsvermögen zählenden Gegenstand bestünden so viele selbständige Rechte jedes einzelnen, wie die Gesamthand Mitglieder besitze; der Gegenstand gehöre jedem ganz, keinem allein.

<sup>539</sup> Vgl. nur MünchKomm/Ulmer, § 718, 9 mwN.

<sup>540</sup> Flume, I 1 § 5 = S. 71 f.; Wilhelm, Rechtsform S. 264 Fn. 866.

<sup>541</sup> So etwa BGHZ 32, 307, 315; 50, 307, 308; BGH WM 1961, 32, 33; NJW 1966, 827; MünchKomm/Ulmer, § 730, 56; Soergel/Hadding, § 730, 23; Rimmelpacher, AcP 173, 18 ff.; a. A. Canter, NJW 1965, 1561; wohl auch Schünemann, Gesamthandsgesellschaft S. 197: Einzelübertragung.

längst an seine Grenzen gestoßen ist. Die Gesamthand selbst ist mit der Übernahme untergegangen, mithin der tragende Grund entfallen, redlichen Erwerb zu verneinen. Nicht mehr den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit ist nunmehr das Eigentum zugeordnet; Rechtsträger ist allein der Übernehmer.

Ob er die Sache doch wieder an den ehemals Berechtigten herauszugeben hat, hängt von der durch § 419 BGB angeordneten Haftungsübernahme ab. Soweit er in die Pflichtenstellung der Gesamthänder in ihrer Verbundenheit eintritt,<sup>542</sup> muß die Sache, die nicht den Gesamthändern, sondern einem Dritten gehörte, zurückerstattet werden.<sup>543</sup>

Somit korrelieren die Regeln der Veräußerung von der bzw. an die Gesellschaft<sup>544</sup> und diejenigen der Einbringung wie Verteilung. Das ist denn auch sachgerecht: Weder erzwingen die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen den Mitgliedern eine abweichende Gewichtung des Interessenausgleichs zum außenstehenden Eigentümer, noch legen sie ein anderes Ergebnis nahe, das davon abhängen müßte, ob es um eine mehr auf einem Drittgeschäft oder eine primär im Gesellschaftsrecht fußende Verfügung geht. Sozialverpflichtungen mögen stärkeren Restriktionen unterstellt sein als Forderungen aus Geschäften, in denen der Gesellschafter der Gesamthand wie ein neutraler Dritter gegenübersteht – schon deshalb, um nicht über den Umweg von Sozialverpflichtungen im Gegensatz zu § 707 BGB weitergehende Nachschußpflichten zu begründen.<sup>545</sup> Eine solche Gefahr besteht beim redlichen Erwerb nicht. Weder ist dem Gesellschafter aufgrund des gesamthänderischen Prinzips eine spezielle Rücksichtnahme gegenüber dem nicht der Gesellschaft angehörenden Dritten anzusinnen, noch die Legitimation abzuleiten, ihn zu benachteiligen.

(3) Gesonderter Analyse bedürfen Zulässigkeit und Schranken des redlichen Erwerbs bei der Auflösung einer Erbengemeinschaft. Die strukturelle Parallele könnte es anraten, die soeben ausdifferenzierten Leitlinien auf die Erbengemeinschaft zu erstrecken. Immerhin hat kein Geringerer als *Heck* darauf aufmerksam gemacht, der Miterbe, an den ein dem Erblasser nicht zustehendes Grundstück aufgelassen werde, willige im Gegenzug in die Minderung seiner sonstigen Anteilsrechte.<sup>546</sup> Der grundlegende Punkt ist damit sicherlich thematisiert, wenngleich kaum interessengerecht bewältigt. So hoch der Auseinandersetzungsanspruch zu bewerten sein mag, der Miterbe erhielt ihn unentgeltlich. Das Problem ist von der Schenkung her geläu-

<sup>542</sup> Vgl. etwa MünchKomm/*Ulmer*, § 714, 47 mwN., der parallel dazu eine Analogie zu § 1480 BGB befürwortet. Die Frage ist sehr strittig; vgl. etwa *Wiedemann*, I § 5 II 2 a = S. 261 mit umfangr. Nachw. – Würde sie im Sinn der Unanwendbarkeit des § 419 BGB entscheiden, so hätte es damit eben sein Bewenden.

<sup>543</sup> Vgl. dazu unten § 6 II 3 a.

<sup>544</sup> Wobei der Gesellschafter ebenfalls unter den Voraussetzungen des § 419 BGB zur Herausgabe verpflichtet sein kann; vgl. auch dazu unten § 6 II 3 a.

<sup>545</sup> BGHZ 37, 299, 301 f.; BGH NJW 1980, 339, 340; LM Nr. 7 zu § 128 HGB; *Hueck*, OHG § 18 III 2; *Hueck*, Gesellschaftsrecht § 15 III 7 a; GroßKomm/*Ulmer*<sup>7</sup>, § 110, 31 mwN.; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 128, 7 B; skeptisch *Wiedemann*, I § 5 III 2 a = S. 270 f.

<sup>546</sup> *Heck*, Sachenrecht § 44 II 3; für redlichen Erwerb ferner OLG Dresden AufwRSpr II S IV 43, 45; v. *Tuhr*, I S. 354; *Rosenberg*, § 892 II 3 b = S. 415 mwN.



fig. Eine dem obligatorischen Versprechen zeitlich nachfolgende Zuwendung ist zwar keine Schenkung mehr, da sie einen durchaus wertvollen Anspruch tilgt, sie bleibt allemal eine unentgeltliche Zuwendung.<sup>547</sup> Diese Leitlinie verlöre man aus dem Blick, sobald man die Auflösung der Erbengemeinschaft als entgeltliches Geschäft taxierte. Noch prägnanter ist die Parallele zum unentgeltlichen Vermächtnis, das – obgleich ebenfalls in Erfüllung des aufgrund des Testaments übergebenen vermögenswerten Anspruchs – kondiktionsfesten redlichen Erwerb nicht kennt.<sup>548</sup> Ansonsten gewänne die Einordnung als Miterbe bzw. Vermächtnisnehmer eine Bedeutung, die sachlich nicht gerechtfertigt wäre, auf die die Abgrenzungsvorschriften der §§ 2087f. BGB mitnichten zugeschnitten sind.<sup>549, 550</sup>

---

<sup>547</sup> Larenz, II 1 § 47 I a. E.; v. Tuhr, II 2 S. 145f., 157; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 89f., 91.

<sup>548</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 142.

<sup>549</sup> Wer diese Ansicht nicht teilt, muß den Miterben gleichwohl zur Rückgabe verpflichten, soweit er nach den §§ 2058ff. BGB als Gesamtschuldner haftet (dazu unten § 6 II 3b). Die Unterschiede beschränken sich weithin auf konstruktive Details. – Dasselbe Resultat hat bei der Übernahme einer Erbengemeinschaft im Wege der Erbteilsübertragung zu gelten, weswegen KG JR 1928 Nr. 2275 vom Fazit, wenngleich nicht von der Begründung her – kein redlicher Erwerb, da gesetzlicher Übergang – zu folgen ist.

<sup>550</sup> Wenn man in Rechtsprechung und Literatur bei enger Zusammenarbeit eines Verkäufers mit einer Abzahlungsbank sowie dieser mit einer die Käuferwechsel refinanzierenden Bank im Rahmen eines finanzierten Abzahlungskaufs das Verkehrsgeschäft, demzufolge auch den redlichen einredefreien Erwerb verneint (BGH NJW 1986, 3197, 3199; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1469, 1473; *Hueck/Canaris*, § 9 II 1c; *Canaris*, ZHR 151, 561f.; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 17, 82), so kann man das allerdings nicht auf die Unentgeltlichkeit des jeweiligen Geschäfts zurückführen. Das Argument des fehlenden Verkehrsgeschäfts bleibt indes auch hier zunächst farblos, gewinnt erst an Konturen, wenn es mittels weiterer Kriterien aufgefüllt wird – etwa durch den Hinweis, durch die Loslösung des Wechsels vom Schuldgrund dürfe der Käufer nicht den Schutz des AbzG verlieren (BGHZ 51, 69, 78; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 17, 82). Treffender ist es, die Aufrechterhaltung des Einwendungsdurchgriffs, der ja weitere im AbzG nicht geregelte Einwendungen umfaßt (*Canaris*, ZHR 151, 562), in den Mittelpunkt zu rücken (vgl. etwa *Soergel/Hönn*, AbzG § 6, Anh. 37, der das Ergebnis aus der Wertung des § 6 AbzG ableitet). Der Akzent liegt dann auf der planmäßigen Zusammenarbeit zwischen dem Verkäufer und der refinanzierenden Bank auf der einen sowie der Schutzwürdigkeit des Käufers auf der anderen Seite (vgl. z. B. *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1473f.; *ders.*, ZHR 151, 562). Auch mag man in derartigen Fällen ausnahmsweise an eine Analogie zu § 166 Abs. 1 BGB denken. Die Apostrophierung als „fehlendes Verkehrsgeschäft“ bleibt angesichts dieser Wertungen von untergeordnetem Gewicht. Sie kann auf keinen Fall als Argument gegen das Konzept dienen, das das „fehlende Verkehrsgeschäft“ in den oben vorgestellten Fällen durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit konkretisiert.

*§ 6 Die Konsequenzen der fehlenden Schutzwürdigkeit des Erwerbers,  
insbesondere das Problem des Abstraktionsprinzips*

## I. Die Frage der Konstruktion

### 1. Die Unentgeltlichkeit bei Übergang kraft Gesetzes

Die Kategorien „Rechtsgeschäft“ und „Verkehrsgeschäft“ abzulösen, sie durch die Schutzwürdigkeit des Erwerbers zu ersetzen bringt konstruktive Probleme mit sich. In Grenzen halten sie sich beim Übergang kraft Gesetzes. Mit der Gegenleistung fehlt der Grund, die Vorschriften des redlichen Erwerbs über ihren Wortlaut hinaus extensiv zu interpretieren. Sie sind dann buchstäblich zu verstehen: Der Eigentümer verliert sein Recht nicht.

### 2. Die Unentgeltlichkeit bei Übergang durch Rechtsgeschäft

So einfach wie beim unentgeltlichen gesetzlichen Erwerb liegen die Dinge nicht durchwegs. Zwar drängt es sich geradezu auf, § 816 Abs. 1 S. 2 BGB zu erweitern oder analog anzuwenden, anstatt das Verkehrsgeschäft als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der §§ 892 f., 932 ff. BGB zu entwickeln. Daß dies bisher nicht geschah, hängt – obgleich es regelmäßig nicht offengelegt wird<sup>1</sup> – wohl primär mit den auf den ersten Blick unausweichlichen Folgen des Abstraktionsprinzips zusammen: Scheinbar kann der Erwerber nunmehr als Berechtigter beliebig verfügen, unabhängig davon, ob sein Partner den bisherigen Verlauf der Eigentumsentwicklung kennt oder nicht, und so die Rückübereignung an den ehemals Berechtigten dauerhaft verhindern. Nur extreme Fälle lassen sich mit Hilfe der §§ 826, 138 BGB korrigieren.<sup>2</sup> Auch den Gläubigern des Erwerbers käme der Erwerb zugute; die ihnen zur Verfügung stehende Haftungsmasse vergrößert sich, ohne daß ihnen Mißbrauch einer formellen Rechtsposition anzukreiden wäre.

Eine Mittelstellung nimmt das Problem des relevanten Zeitpunkts ein. Bei bedingten Geschäften gestattet bereits der Wortlaut der §§ 892, 932 BGB eine restriktive Deutung, die den Übergang etwa mit der Valutierung der Hypothek oder Bezahlung der ersten Kaufpreisrate verbindet.<sup>3</sup> Eine unbedingte Verfügung, deren Gegenleistung noch zur Gänze aussteht, kann dagegen nur in (analoger) Anwendung des

---

<sup>1</sup> Regelmäßig tauchen die Argumente beim Rückerwerb des Nichtberechtigten auf; vgl. die Nachw. in Fn. 8 und 9.

<sup>2</sup> Auch das wird meist nur bei einem Spezialfall, dem mittelbar bösgläubigen Erwerb (vgl. dazu sogleich unter § 6 I 3) befürwortet. Vgl. etwa RGRK/*Pikart*, § 932, 39; *Schwab*, Sachenrecht § 32 VI; *Ewald*, JherJb 76, 247; ablehnend MünchKomm/*Quack*, § 932, 68; *Fenwarth*, Eigentumserwerb S. 38 f.; vgl. auch Fn. 170.

<sup>3</sup> Vgl. dazu oben § 5 IV 2.

§ 816 Abs. 1 S. 2 BGB revidiert werden; die noch unentgeltliche Veräußerung ist rückabzuwickeln.

All das wäre zwar kein Grund, das Konzept der Unentgeltlichkeit als des Schlüsselbegriffs pauschal wieder aufzugeben, und, anstatt die Schutzwürdigkeit an der Gegenleistung zu messen, zum Verkehrsgeschäft mit seinen teleologisch unscharfen Konturen zurückzukehren. Es böte aber Anlaß, sich zur h. M. trotz dogmatischer Bedenken jedenfalls insoweit zu bekennen, als sie dem Erwerb bereits die dingliche Wirkung versagen will.

### 3. Der „Rückerwerb des Nichtberechtigten“

Einen Paradefall schutzzunwürdigen Erwerbs, der unter dem Schlagwort des Rückerwerbs des Nichtberechtigten Karriere gemacht hat, bekommt man damit freilich nicht in den Griff. Im wesentlichen geht es um die Frage, ob der ehemalige Nichtberechtigte Eigentümer wird, wenn ihm der redliche Erwerber die Sache zurückgibt, ob ihm gar eigene Redlichkeit nützt, wenn sein Partner aus irgendwelchen Gründen das Recht vorher nicht erworben hatte. Schließlich mag der Nichtberechtigte das ganze Geschäft eingefädelt haben, um vom guten Glauben des Zwischenmannes zu profitieren, sei es durch eine Veräußerung mit dem Plan, die Sache zurückzuerwerben, oder, ohne Beteiligung am ersten Geschäft und insofern über einen „Rückerwerb“ hinausgehend, durch Einschaltung eines mittelbaren Stellvertreters.

Die Konstellationen, findig erdacht, sind ebenso Legion<sup>4</sup> wie die Lösungen,<sup>5</sup> die – trotz intensiven gegenseitigen Tadels sich scheinbar unabänderlich überlappend – immer wieder denselben Punkt thematisieren: Der Zwischenerwerb des Partners, auch seine eigene Redlichkeit darf dem Nichtberechtigten, seinen Rechtsnachfolgern und Gläubigern nicht zugute kommen.

#### a) Die per saldo fehlende Leistung

Die Wertung liegt auf der Hand. Jedenfalls per saldo hat der Verfügende kein Opfer erbracht.<sup>6</sup> Den möglicherweise bei einer Wandelung oder kondiktionsrechtlichen Abwicklung zurückvergüteten Kaufpreis hatte er vorher von seinem Partner erhalten; auch wo das ausnahmsweise nicht zutreffen sollte, steht er dem alten Eigentümer gegenüber in einer schlechteren Position.<sup>7</sup> Es ist nicht nur verständlich, sondern fast zwingend, daß man den Nichtberechtigten nicht Nutzen aus einem Rechtsübergang ziehen lassen will, den er selbst – vielleicht guten Glaubens – ins Werk gesetzt hat. Gerade das scheint die Konsequenz zu sein, wenn er frei über den

<sup>4</sup> Vgl. nur die Gestaltungen bei *Nüßgens*, Rückerwerb S. 2f.; *Fenwarth*, Eigentumserwerb S. 14 ff.; *Ewald*, JherJb 76, 233 ff.; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 59.

<sup>5</sup> Vgl. vorläufig den Überblick bei *Nüßgens*, Rückerwerb S. 11–115; *Groß*, BfGBW 1965, 113 f.

<sup>6</sup> Ebenso *Nüßgens*, Rückerwerb S. 122.

<sup>7</sup> Vgl. dazu unten § 6 II 1 a, c (2).

Gegenstand sollte verfügen können.<sup>8</sup> Zu Unrecht bevorzugt wären auch seine Gläubiger, denen es unbenommen bliebe, auf Kosten des früher Berechtigten in einen Gegenstand zu vollstrecken, obgleich er nicht zum Schuldnervermögen gehört hatte.<sup>9</sup>

#### b) Die Konstruktion

So sehr man sich auch über das Ergebnis verständigt hat, spätestens die konstruktive Beweisführung stößt auf kaum überwindbare Schwierigkeiten. Mit dem Abstraktionsprinzip steht es nicht im Einklang, wollte man die Position des früheren Eigentümers stärken, indem man das Eigentum automatisch an ihn zurückfallen läßt. Das wird der h. M. nicht nur von ihren Kritikern mit Fug und Recht vorgehalten,<sup>10</sup> auch ihre Verfechter räumen es mehr oder weniger freimütig ein,<sup>11</sup> eine Einsicht, die man ihnen – sieht man näher zu – auch gar nicht ersparen kann.

(1) Unergiebig ist das Geschäft für den, den es angeht.<sup>12</sup> Zieht das Gesetz den Übergang unabhängig vom Willen der Parteien – anders als etwa bei § 6 KAGG oder in den Fällen der dinglichen Surrogation<sup>13</sup> – nicht in Erwägung, so kann man deren Absichten nicht für zur Gänze irrelevant ausgeben.

Die starre Koppelung lediglich an die Interessen der Kontrahenten – exakter spräche man wohl von dem Belang des an dem Geschäft nicht beteiligten früheren

<sup>8</sup> KG OLGE 2, 266 f.; OLG Königsberg OLGE 25, 378, 380; *Stoeyesandt*, Rückerverb S. 35, 68 f.; *Biller*, Rückerverb S. 13, 33; vgl. schon die Mindermeinung in Prot. III 215 = 3715 = Mugdan III 637; *Staudinger/Gursky*, § 892, 189, der dieses Argument aber nicht für ausschlaggebend erachtet (§ 892, 190).

<sup>9</sup> v. *Caemmerer*, Festschrift für Boehmer S. 159; *Lopau*, JuS 1971, 233 f.; *Nußgens*, Rückerverb S. 4, 115; *Stoeyesandt*, Rückerverb S. 35, 68; *Ewald*, JherJb 76, 255; *Krapp*, Rückerverb S. 21; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 81; *Biller*, Rückerverb S. 33; *Staudinger/Gursky*, § 892, 189, der dieses Ergebnis jedoch akzeptiert (§ 892, 190).

<sup>10</sup> Vgl. etwa *Jauernig*, § 932 I 1 b; *Palandt/Bassenge*, § 932, 5 b; *AK/Reich*, §§ 932 f., 6; *RGRK/Pikart*, § 932, 35; *Wiegand*, JuS 1971, 65; *Krapp*, Rückerverb S. 20; ähnlich (kein Rechtsnotstand, der eine so evidentermaßen systemwidrige Lösung fordere) *Staudinger/Gursky*, § 892, 190; die Mehrzahl der genannten Autoren verfährt diese Grundsätze auch für den mittelbar bösgläubigen Erwerb; vgl. hierzu z. B. schon v. *Tuhr*, II 1 S. 142 Fn. 105. Ablehnend zu den Grundsätzen der h. M. auch *MünchKomm/Quack*, § 932, 62 ff.; *Schwab*, Sachenrecht § 32 VI; *E. Wolf*, Sachenrecht § 10 F I c 9; *Stoeyesandt*, Rückerverb S. 73; auch schon Prot. III 215 = 3716 = Mugdan III 637; für einen Spezialfall auch *Boehmer*, JR 1930, 169, 171 f.; im Ergebnis auch RG WarnR 1934 Nr. 38 = S. 86, 88 für den Rückerverb einer Hypothek; BGH WM 1969, 657, 659, der, ohne auf den Streit einzugehen, dem früheren Eigentümer nur einen – in diesem Fall deliktischen – obligatorischen Anspruch zuerkennt.

<sup>11</sup> Vgl. etwa v. *Caemmerer*, Festschrift für Boehmer S. 159; *Boehmer*, II 2 S. 25; *Hübner*, Rechtsverlust S. 87 Fn. 55; ähnlich *Staudinger/Lorenz*, § 816, 22; *Harms*, Sachenrecht S. 152.

<sup>12</sup> So indes *Esser*, II<sup>4</sup> § 104 II 3 d mit Fn. 47; *Koppensteiner/Kramer*, S. 99; *Enneccerus/Lehmann*, § 225 I 2 a. E.; *Biller*, Rückerverb S. 44 (vgl. hierzu auch Fn. 18); vorsichtig *Larenz*, II § 68 III a = S. 536: ähnlich wie beim Geschäft für den, den es angeht; ebenso im Ergebnis, jedoch ohne Ausführungen zur Konstruktion *Düringer/Hachenburg/Breit*, vor § 366, 31: ein entgegenstehender Wille sei unbeachtlich.

<sup>13</sup> Deren Grundsätze hier mangels gesetzlicher Verankerung auch nicht analog herangezogen werden können; vgl. *Groß*, BfGBW 1965, 113; *Boehmer*, JR 1930, 170 f. zu § 1247 BGB.

Eigentümers, sein Recht ohne Umwege zurückzuerhalten – kollidiert nicht zuletzt mit dem Abstraktionsprinzip, das derartige nur relativ zwischen dem ehemals Berechtigten und dem Verfügenden wirkende Ansprüche auf die obligatorische Ebene verweist,<sup>14</sup> ohne deswegen prinzipiell einer partiellen Verdinglichung im Weg zu stehen.<sup>15</sup>

In ähnlicher Weise verfälscht regelmäßig den Willen der Beteiligten, wer dem Nichtberechtigten ohne weiteres unterstellt, er sei bestrebt, die frühere Rechtslage wiederherzustellen<sup>16</sup> oder als Treuhänder des früheren Eigentümers aufzutreten.<sup>17</sup> Eine Korrektur unter Berufung auf die Interessenlage, etwa im Weg der ergänzenden Auslegung,<sup>18</sup> hätte mit demselben Recht in allen Fällen fehlender Schutzwürdigkeit ihren Platz zu beanspruchen; jede auch ausdrücklich anderslautende Willenserklärung des Erwerbers ließe sich unter Hinweis auf die Belange des bisherigen Eigentümers überspielen. Dies gilt um so mehr, als dem Verfügenden im Verhältnis zu seinem Partner ein Anspruch auf Rückgabe des Erlangten, eben des Eigentums,<sup>19</sup> zusteht und sich daher gar kein Motiv abzeichnet, die Interpretation der rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu modifizieren.

So sehen sich auch die Verfechter genötigt, eine entgegenstehende Absicht der Partner durch die analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB zu brechen, da dem vorgeschobenen Erwerber das Eigeninteresse fehle,<sup>20</sup> oder § 162 BGB zu bemü-

<sup>14</sup> Natürlich ist im Einzelfall möglich, daß die Interessen der Beteiligten deckungsgleich auf einen direkten Rückfall an den Eigentümer zielen und dies bei der Interpretation berücksichtigt werden kann; vgl. etwa *Stoevesandt*, *Rückerwerb* S. 41 ff.; *Ewald*, *JherJb* 76, 240 ff.; *Nüßgens*, *Rückerwerb* S. 43 ff.; so lag es wohl im Fall OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 324. Nur ist das nicht die Regel oder gar unumstößlich; vgl. etwa die Kritik von *Wiegand*, *JuS* 1971, 63 f.; *J. Schmidt*, *Aktionsberechtigung* S. 146; ablehnend zu dem Topos des Geschäfts für den, den es angeht, obgleich Anhänger der h. M., *Lopau*, *JuS* 1971, 233.

<sup>15</sup> Vgl. dazu unten § 6 III.

<sup>16</sup> *Planck/Brodmann*, § 932, 4; ablehnend *Groß*, *BfGBW* 1965, 113.

<sup>17</sup> *Boehmer*, II 2 S. 25; ablehnend *Staudinger/Lorenz*, § 816, 22.

<sup>18</sup> So etwa *Biller*, *Rückerwerb* S. 40 ff.; soweit die fehlende Berechtigung des Verfügenden nicht bekannt gewesen ist, nimmt *Biller*, *Rückerwerb* S. 43 den regelmäßigen Willen auf Rückübertragung an den ehemaligen Eigentümer an; ablehnend *Krapp*, *Rückerwerb* S. 14; *Nüßgens*, *Rückerwerb* S. 36 Fn. 160; *Schlenzka*, *Konnossementsrecht* S. 90 f. will analog § 779 BGB den ersten Vertrag für nichtig erklären; der Gutgläubige könne und werde sich im Zweifel auf die Nichtigkeit berufen, um nicht den wahren Empfänger zu schädigen.

<sup>19</sup> Wenn zum Teil angenommen wird, der Erwerber habe vom Nichtberechtigten nur den Besitz erhalten (so *Ewald*, *JherJb* 76, 288; *Fenwarth*, *Eigentumserwerb* S. 33; mit anderer Tendenz auch *Stoevesandt*, *Rückerwerb* S. 20, der nach § 818 Abs. 1 BGB das Eigentum nachziehen will), so übersieht man, daß es bei § 812 BGB um Be- und nicht um Entreicherungsrecht geht, also das Eigentum erlangt ist (vgl. etwa *Larenz*, II § 69 IV c). Dies zeigt sich vor allem beim Rücktrittsrecht; hier ist jedenfalls das Eigentum zurückzugeben.

<sup>20</sup> *Fenwarth*, *Eigentumserwerb* S. 56 ff.; *Weber*, *Durchgangserwerb* S. 98 f.; *Hälbig*, *Eigentumserwerb* S. 46 ff.; a. A. *Groß*, *BfGBW* 1965, 113; *Nüßgens*, *Rückerwerb* S. 23 ff.; *Biller*, *Rückerwerb* S. 55. Zu Recht wird auf die Schwierigkeit hingewiesen, wenn das Eigeninteresse zunächst bestand. Man muß es dann mit Rückabwicklung entfallen lassen, was angesichts des durchsetzbaren Anspruchs des Käufers und späteren Verkäufers mehr oder weniger fiktiv ist.

hen.<sup>21</sup> Ohnehin fruchten die Konstruktionen nur bei bösgläubigen (Zweit-)Erwerbern; einem Ahnungslosen läßt sich kaum ein Verstoß gegen Treu und Glauben anlasten.<sup>22</sup>

(2) Daß mit der Anfechtung der dinglichen Einigung das Eigentum automatisch an den früheren Inhaber zurückfällt, ist unbestritten; dasselbe läßt sich – entgegen mancher Äußerung in der Literatur<sup>23</sup> – indes nicht von der Wandelung behaupten. Der Gesetzgeber hat die Wirkungen der Anfechtung – Nichtigkeit der Willenserklärung, damit Wiederaufleben des ursprünglichen Rechtszustandes ex tunc – anders ausgestaltet als den bloßen schuldrechtlichen Rückabwicklungsanspruch als Folge einer Wandelung, eines Rücktritts oder einer Anfechtung der obligatorischen Vereinbarung. An der Notwendigkeit, das im Vollzug des ursprünglichen Geschäfts übergegangene Eigentum rückzuübertragen, ist nicht zu rütteln.<sup>24</sup> So macht es durchaus einen Unterschied, ob der Veräußerer auflösend bedingt verfügt hatte oder der Sicherungsnehmer nur schuldrechtlich gehalten ist, das dingliche Recht wieder einzuräumen.<sup>25</sup>

Wer – um die mißliebigen Rechtsfolgen zu umgehen – die Wirksamkeit des obligatorischen Geschäfts generell zur Rechtsbedingung der Übereignung hochstilisiert,<sup>26</sup> gar die Rückveräußerung als auflösende Bedingung des ursprünglichen dinglichen Geschäfts ausgibt,<sup>27</sup> wendet sich endgültig vom Abstraktionsprinzip ab und reduziert die Rechtsmacht des Verfügenden im Außenverhältnis auf seine Bindung

<sup>21</sup> Esser, II<sup>4</sup> § 104 II 3 b mit Fn. 47; Koppensteiner/Kramer, S. 99; Oberländer, Eigentumserwerb S. 52; vgl. hierzu auch noch die allgemeine Arglistenrede unten § 6 I 3 b (3).

<sup>22</sup> Weber, Durchgangserwerb S. 102f. verzichtet entgegen seiner sonstigen Linie in diesen Fällen denn auch auf eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB und behilft sich mit allgemeinen, dogmatisch nicht verankerten Erwägungen.

<sup>23</sup> v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer S. 159; Soergel/Mühl, § 932, 5; Lopau, JuS 1971, 234; Düringer/Hachenburg/Breit, vor § 366, 31 will das auch bei der Anfechtung nur des obligatorischen Geschäfts so sehen, was sich mit dem Abstraktionsprinzip allerdings nicht vereinbaren läßt.

<sup>24</sup> Jauernig, § 932 I 1 b; RGRK/Pikart, § 932, 35; Biller, Rückerwerb S. 16, 24.

<sup>25</sup> Für Gleichbehandlung jedoch v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer S. 159f.; Düringer/Hachenburg/Breit, § 366, 31; im Ergebnis auch Reichel, Grünhut 42, 261; ablehnend Wiegand, JuS 1971, 65; Lopau, JuS 1971, 233.

<sup>26</sup> Ewald, JherJb 76, 279; wohl auch Soergel/Mühl, § 932, 5; ablehnend Oberländer, Eigentumserwerb S. 19; Stoevesandt, Rückerwerb S. 37f.; Fenwarth, Eigentumserwerb S. 29; Nüßgens, Rückerwerb S. 16f.; Krapp, Rückerwerb S. 27ff.; Groß, BfGBW 1965, 113; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 83. Ähnlich Kiehl, JW 1922, 788; ihm folgend OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 324, die die Tragweite des redlichen Erwerbs durch die Sicherungsabrede begrenzen wollen; ablehnend hierzu Oberländer, Eigentumserwerb S. 17; Fenwarth, Eigentumserwerb S. 42; Stoevesandt, Rückerwerb S. 65f.; Nüßgens, Rückerwerb S. 98 Fn. 458: Die Rückübertragung ist nicht nur eine einseitige Aufgabe wie beim Pfandrecht.

<sup>27</sup> Ewald, JherJb 76, 280, 290, 292ff., 316; ablehnend Biller, Rückerwerb S. 29, 31, 38f.; Wolff/Raiser, § 69 IV Fn. 25; Fenwarth, Eigentumserwerb S. 32; Krapp, Rückerwerb S. 27ff.; Oberländer, Eigentumserwerb S. 19f.; Nüßgens, Rückerwerb S. 18f.; Stoevesandt, Rückerwerb S. 38f.; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 83.

im Innenverhältnis.<sup>28</sup> Daß es dem Gesetzgeber möglich gewesen wäre, eine solche Regelung zu treffen, überbrückt nicht ihr Fehlen.<sup>29</sup>

(3) Übrig bleiben eine an die Interessenlage angelehnte restriktive Auslegung der Verkehrsschutznormen,<sup>30</sup> deren Abkoppelung von einer gesetzlichen Norm zum Teil denn auch freimütig eingestanden wird,<sup>31</sup> die auf den mittelbar bösgläubigen Erwerb beschränkte allgemeine Einrede der Arglist<sup>32</sup> oder der Rettungsanker des fehlenden Verkehrsgeschäfts.<sup>33</sup> Doch auch sie helfen nicht weiter. Schwer fällt es

<sup>28</sup> *Nüßgens*, Rückerverb S. 19; *Fenwarth*, Eigentumserwerb S. 33; *Stoevesandt*, Rückerverb S. 39.

<sup>29</sup> *Nüßgens*, Rückerverb S. 19; *Fenwarth*, Eigentumserwerb S. 34; *Stoevesandt*, Rückerverb S. 39; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 84.

<sup>30</sup> So etwa *Soergel/Mühl*, § 932, 5; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 22; *Westermann*, § 47 II 3; *K. Müller*, Rdn. 2418 ff.; *Coing*, Treuhand S. 196 f.; *Eichler*, II 1 S. 179; *Nüßgens*, Rückerverb S. 140 ff., 148; ähnlich *MünchKomm/Wacke*, § 892, 74 Fn. 174: Wegfall der Einrede der sofortigen Ersitzung; *Krapp*, Rückerverb S. 50 f. für den Fall des Rückerverbs des Nichtberechtigten vom nichtberechtigten Zwischenerwerber; *ders.*, S. 118 ff. will beim Rückerverb vom Berechtigten nur relative Wirksamkeit – nicht zu Lasten des Altberechtigten und dessen Gläubigern – annehmen.

<sup>31</sup> *Wolff/Raiser*, § 69 IV; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 22. Ihr Argument, der Gesetzgeber habe nicht hinter die Rechtslage zurückgehen wollen, die er vorgefunden habe, weckt Zweifel. Die Mehrheit in der 2. Lesung befürwortete für einen Spezialfall die schuldrechtliche Lösung (Prot. III 215 = 3716 = *Mugdan* III 637). Ob das Problem in dieser Schärfe bekannt und gelöst war, erscheint eher fraglich; vgl. etwa *Nüßgens*, Rückerverb S. 20 mwN. – Vgl. ferner *J. v. Gierke*, Sachenrecht S. 92: Das Eigentum des (redlichen) Käufers sei durch die Rückverfügung an den Verkäufer als „ausgemerzt zu betrachten“.

<sup>32</sup> So z. B. *RGRK/Pikart*, § 932, 39; ähnlich *K. Müller*, Rdn. 2421 f.; *Eichler*, Vertrauen S. 100 Fn. 123; *Ewald*, JherJb 76, 284 f.; *Reichel*, Grünhut 42, 258; *Stein*, Rückerverb S. 34 f.; *Oberländer*, Eigentumserwerb S. 61 f.; uneinheitlich *Stoevesandt*, Rückerverb S. 66 f. einerseits und S. 69 f. andererseits; ablehnend *Fenwarth*, Eigentumserwerb S. 38; *Nüßgens*, Rückerverb S. 21 f. Die Figur ist schon angesichts der Tatsache, daß man sich auf eine dingliche Rechtslage nicht „zu berufen“ braucht, kaum haltbar. Schwer läßt sich auch mit der Gesetzesumgehung arbeiten (so indes *Reichel*, Grünhut 42, 259 mit Hinweis auf die Einrede der Arglist; *Nüßgens*, Rückerverb S. 153 ff.; *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 100; ablehnend vor allem *Ewald*, JherJb 76, 286; *Biller*, Rückerverb S. 50 f., 54 f.). Zwar zählen hierzu auch Fälle der Tatbestandserschleichung (*Teichmann*, Gesetzesumgehung S. 48 f.). Das Problem mündet aber in das allgemeine der restriktiven Interpretation der Redlichkeitsnormen und ist damit denselben Einwänden ausgesetzt wie diese. – Die Parallele zur mittelbaren Täterschaft im Strafrecht (*Reichel*, Grünhut 42, 258) taugt von vornherein nicht (*Stoevesandt*, Rückerverb S. 66 f.; *Groß*, BfGBW 1965, 113; *Biller*, Rückerverb S. 54).

<sup>33</sup> Vgl. schon die Nachw. in den Fn. 9 ff.; die dort angegebenen Autoren argumentieren regelmäßig zusätzlich mit dem fehlenden Verkehrsgeschäft; vgl. ferner die Mindermeinung in den Prot. III 215 = 3715 = *Mugdan* III 637; *Erman/A. Schmidt*, § 932, 14; *Soergel/Baur*, § 892, 48; *Soergel/Mühl*, § 932, 5; *RGRK/Augustin*, § 892, 14; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 932, 15; *Planck/Strecker*, § 892 III 2; *ders.*, § 1138, 4 a unter Hinweis auf RG vom 15. 3. 1935, III 239/34; *Baur*, § 52 IV 2; *J. v. Gierke*, Sachenrecht S. 92 (Verkehrsschutznormen – auf den Erwerb Dritter zugeschnitten – entfallen, wenn sie formal zu nichtberechtigtem Erwerb des Verfügenden führen würden); *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 II 3 a; § 20 III 1; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 48 f. (früherer Eigentümer schutzwürdiger als Veräußerer); *Harms*, Sachenrecht S. 153; *A. Blomeyer*, AcP 153, 253; *Wacke*, NJW 1981, 1580; *Lopau*, JuS 1971,

zunächst schon, die Institute in ihren Konsequenzen auszuloten: Entfällt der Erwerb ex tunc, ist also auch der ursprüngliche obligatorische Vertrag nicht erfüllt, oder nur ex nunc, wie soll das redlich erworbene Eigentum wieder untergehen?<sup>34</sup> Spätestens im Immobiliarsachenrecht stößt die teleologische Reduktion auf kaum zu steuernde Kalamitäten – vollzieht sich der rechtsgeschäftliche Erwerb dann doch außerhalb, ja gegen das Grundbuch.<sup>35</sup> Daß man mit dem Topos des fehlenden Verkehrsgeschäfts auf eine auch ansonsten rein intuitiv gewonnene Kategorie zurückgreifen muß, rundet das Bild allgemeiner Ratlosigkeit ab.

#### 4. Die Schenkung

Der Rückerwerb des Nichtberechtigten ließe sich als extrem gelagerter und eben in keine Theorie so richtig passender Ausnahmefall abtun, veranschaulichte er nicht ein ganz und gar nicht abseitiges Problem, das auf jeden Fall geklärt werden muß. Obgleich bei der Schenkung die Interessen des Erwerbers denen des früheren Eigentümers nachgeordnet sind, kann das Abstraktionsprinzip zu Friktionen führen: Nimmt man den Wortlaut des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ernst, der die Position des ehemals Berechtigten lediglich schuldrechtlich ausgestaltet, so ist der redliche Erwerber imstande, an jeden beliebigen Dritten wirksam zu verfügen – einerlei, ob dieser über die Rückgabepflicht seines Partners orientiert ist oder nicht; der Gegenstand steht dem ungehinderten Zugriff seiner Gläubiger offen.<sup>36</sup>

Mit Blick auf die Wertungen, die die h. M. für den Rückerwerb des Nichtberechtigten leiten, darf man schwerlich bei der Schenkung Zweiterwerber, die den Hergang kennen, oder Gläubiger des Beschenkten auf Kosten des früher Berechtigten begünstigen. Die lediglich schuldrechtliche Ausgestaltung der Position bei der Schenkung spricht mitnichten zwingend dafür, es durchgängig bei den damit einher-

---

233 f.; Kiehl, JW 1922, 787; Groß, BfGBW 1965, 114; Nüßgens, Rückerwerb S. 42, 120 ff., 147 f.; Ewald, JherJb 76, 269 f.; Stoevesandt, Rückerwerb S. 51; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 85, 89; wohl auch J. Schmidt, Aktionsberechtigung S. 146 f.; mit Beschränkung auf den mittelbar bösgläubigen Erwerb Westermann, § 47 II 3; uneinheitlich Wolff/Raiser, § 69 IV einerseits (kein Erwerb des Nichtberechtigten bei beweglichen Sachen), § 45 II 2 andererseits (Erwerb des Nichtberechtigten im Grundstücksrecht).

Zur Ansicht der h. M. müßte auch Strauch kommen: Sieht man den Rückgabanspruch über § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als erlangt an (siehe dazu unten § 6 II 1 b) und ordnet man diese Norm als Fall der dinglichen Surrogation ein (Strauch, Mehrheitlicher Rechtsersatz S. 114 f., 217 f., 222 f.), so würde der ehemalige Eigentümer durch Erfüllung des Anspruchs sogleich Rechtsinhaber; zur Ablehnung dieser Ansicht vgl. schon oben § 5 Fn. 135.

<sup>34</sup> Für Ex-tunc-Wirkung etwa Nüßgens, Rückerwerb S. 148 f.; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 89; für Ex-nunc-Wirkung wohl Westermann, § 47 II 3; vgl. dazu die Kritik bei Wiegand, JuS 1971, 64.

<sup>35</sup> Staudinger/Gursky, § 892, 190 unter Hinweis auf Wolff/Raiser, § 45 II 2, die dort den Rückerwerb des Nichtberechtigten zulassen.

<sup>36</sup> Vgl. etwa RGRK/Augustin, § 892, 18; Westermann, § 47 III 1; Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 17 Fn. 54: Kein Aussonderungsrecht des früheren Eigentümers im Konkurs des Beschenkten; Reuter/Martinek, § 8 II 1 a = S. 330: Bereicherungsrechtlich prismatisierter Eigentumsschutz.



gehenden Mißlichkeiten zu belassen. Zu zufällig und zu wenig gerechtfertigt ist der Vermögenszuwachs gerade für die Gläubiger des Beschenkten.<sup>37</sup>

### 5. Die denkbaren Lösungen

Die Problematik deckt also ohnedies ein breiteres Spektrum ab, was auch die Suche nach einem umfassenden Ansatz nahelegt. Theoretisch lassen sich zwei Möglichkeiten ausmalen: Eine generelle Beschränkung der dinglichen Wirkung in den Fällen des schutzunwürdigen Erwerbs oder aber eine Festigung der zunächst zu schwach ausgelegten Position des früheren Eigentümers. Daß § 816 Abs. 1 S. 2 BGB vollständig derogiert würde, spricht schon gegen den ersten Weg.<sup>38</sup> Der Rückerwerb des Nichtberechtigten ist zudem auf diese Art kaum in den Griff zu bekommen, müßte doch einem Rechtsgeschäft ein gänzlich anderer Inhalt, als er von den Parteien bezweckt war, unterlegt werden. Es empfiehlt sich daher, die zweite Alternative zu untersuchen. Dabei geht es – dies sei nochmals verdeutlicht – nicht nur um die Fälle der Schenkung, nicht nur um den Rückerwerb des Nichtberechtigten, sondern auch und vor allem um die ganze Palette der Fälle, in denen fehlender Leistung wegen der bisherigen Eigentümer dem Erwerber gegenüber vorzuzugswürdig ist.

## II. Der Anspruch des ehemals Berechtigten auf Rückübertragung des Eigentums

### 1. Der Anspruch gegen den Verfügenden

Dabei sei keineswegs geleugnet, daß schon die Frage, ob und wie ein schuldrechtlicher Anspruch des früheren Eigentümers gegen den vormals Nichtberechtigten und jetzigen Inhaber auf Rückgabe der Sache zu verankern ist, Verwicklungen birgt. Immerhin stützt sich die h.M. neben anderem darauf, dem ehemals Berechtigten stehe keine solche Forderung zur Seite. Wer den automatischen Rückfall negiere, stelle ihn letztendlich rechtlos.<sup>39</sup>

#### a) Der Anspruch auf Schadensersatz

In der Tat deckt der Anspruch auf Naturalrestitution wegen Verletzung des Eigentums nach § 823 Abs. 1 BGB nur einen kleinen Bruchteil ab. Er setzt Verschul-

---

<sup>37</sup> Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 17 Fn. 54; v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 227.

<sup>38</sup> Der Vorschlag von Brandt, Eigentumserwerb S. 262 sowie Locher, Liegenschaftsrecht S. 117 ff., redlichen Erwerb bei der Schenkung auszuschließen, beschränkt sich auf die *lex ferenda*; auch Kritiker der gesetzlichen Regelung wie v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 227 und Westermann, § 47 III 1 rufen nicht dazu auf, die Norm pauschal zu mißachten.

<sup>39</sup> Lopau, JuS 1971, 233 f.; vom Ansatz her auch Krapp, Rückerwerb S. 120, der darauf seine These von der relativen Unwirksamkeit der Rückverfügung stützt.

den voraus, das durchaus nicht in allen Fällen vorliegt.<sup>40</sup> Nicht jeder unberechtigterweise Verfügende verletzt automatisch fahrlässig das Eigentum des bisherigen Inhabers.

#### b) Der Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Recht geschraubt wirkt der weithin verfochtene Lösungsweg über die §§ 816 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 1 BGB: Der Nichtberechtigte könne die Rückübertragung des Eigentums beanspruchen, wenn wegen der Unwirksamkeit des Vertrags der Rechtsgrund fehle; mit der Rückgabe trete der Gegenstand gemäß § 818 Abs. 1 BGB an die Stelle der Forderung.<sup>41</sup> Für nichtige Rechtsgeschäfte mag das gerade noch angehen. Erlangt ist der Anspruch aus der Leistungskondiktion. Dagegen läuft man Gefahr, die Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ins Konturenlose aufzublähen, sofern man sie auch auf Ansprüche aus Wandelung oder gar aus Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach der Surrogationstheorie erstreckt. Schließlich ist hier ein Gestaltungsakt des Vertragspartners des Verfügenden zwischengeschaltet. Arg strapaziert werden Wortlaut und Telos der Norm, glaubt man, das Recht auf die Rückgabe der Sache nach dem Wegfall des Sicherungszwecks bei der uneigennütigen Treuhand dem früheren Eigentümer zusprechen zu können.<sup>42</sup> Damit werden alle Abwicklungsansprüche des obligatorischen Geschäfts, insbesondere aufgrund von Wandelung, Rücktritt, Anfechtung, aber auch nach der Erledigung des Sicherungszwecks in die Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB inkorporiert.<sup>43</sup> Da nach Rückgabe der Sache an den Nichtberechtigten das Eigentum jedenfalls nicht unter den Begriff des Erlangten iS. des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gezogen werden kann,<sup>44</sup> muß man es als Surrogat des – angeblich durch die Verfügung erhaltenen – Rückgabeanspruchs ausgeben.<sup>45</sup> Ohne massive Eingriffe in das System der §§ 816 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 1 BGB kommt dieser Ansatz also nicht aus.

Das durch eine gequälte Konstruktion entfachte Unbehagen über die Brauchbarkeit des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als Dreh- und Angelpunkt für den Anspruch auf

<sup>40</sup> *Lopau*, JuS 1971, 233; *Nüßgens*, Rückerwerb S. 118; *Stoevesandt*, Rückerwerb S. 32; *Reichel*, Grünhut 42, 256; *Krapp*, Rückerwerb S. 22; v. *Tuhr*, II 1 S. 142 Fn. 105; *Biller*, Rückerwerb S. 47. Das ist der Sache nach allgemein anerkannt; vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 932, 5b; *Staudinger/Gursky*, § 892, 130. – Wichtig ist der deliktische Anspruch vornehmlich beim mittelbar bösgläubigen Erwerb; vgl. dazu unten § 6 III 2a mit Fn. 151.

<sup>41</sup> Grundlegend *Nüßgens*, Rückerwerb S. 118 ff.; vgl. ferner *Staudinger/Gursky*, § 892, 190; v. *Caemmerer*, Festschrift für Boehmer S. 161; *Haymann*, JherJb 77, 261 f.; *Stoevesandt*, Rückerwerb S. 31 f.; *Lange/Scheyhing*, Fälle zum Sachenrecht S. 52 Fn. 11 („extensive Interpretation“); *Biller*, Rückerwerb S. 36; wohl auch *AK/Reich*, §§ 932 f., 6 („denkbar“).

<sup>42</sup> So *Staudinger/Gursky*, § 892, 190 (er erklärt das an dieser Stelle nicht ausdrücklich, behandelt aber alle Fälle, wie sich aus seiner Aufzählung § 892, 189 am Anfang ergibt); im Ergebnis so auch OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 324.

<sup>43</sup> So denn auch *Stoevesandt*, Rückerwerb S. 32; *Krawielicki*, JherJb 81, 281 Fn. 72.

<sup>44</sup> *Lopau*, JuS 1971, 233; *Nüßgens*, Rückerwerb S. 123 f.; a. A. *Boehmer*, II 2 S. 16f.

<sup>45</sup> So etwa *Nüßgens*, Rückerwerb S. 124 f.; *Stoevesandt*, Rückerwerb S. 32; *Staudinger/Gursky*, § 892, 190; a. A. *Reeb*, Verkehrsgeschäfte S. 69 Fn. 20 vom Boden der Einheitskondiktionslehre aus.

Rückübertragung verdichtet sich angesichts eines Ergebnisses, das allen Verrenkungen zum Trotz den früheren Eigentümer keineswegs hinreichend absichert, sondern Zufälligkeiten der Abwicklung übertriebene Bedeutung beimessen muß. Jede Übertragung an den ehemals Nichtberechtigten aufgrund einer neuen, nicht mehr der Korrektur des ursprünglichen Vertrages dienenden Vereinbarung soll diesem definitives Eigentum verschaffen, dessen Kondition nicht mehr zu befürchten sei. Auf den ersten Blick mutet das zwar konsequent an: Eine auf § 816 Abs. 1 S. 1 BGB fixierte Sicht, die sich zudem gesetzestreu verhalten will und den ehemaligen Berechtigten auf schuldrechtliche Ansprüche verweist, muß die Grenze bei Forderungen aufgrund der Rückabwicklung des Ausgangsgeschäfts ziehen.<sup>46</sup> Doch auch die h. M. beim Rückerwerb des Nichtberechtigten geht nicht weiter,<sup>47</sup> obgleich sie dem Erwerb des vormaligen Nichtberechtigten bereits auf der dinglichen Ebene Einhalt gebietet und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB daher nur mittelbar den direkten Rückerwerb des Alteigentümers bestimmen kann. Gleichwohl endet das neuerdings in Ungeheimheiten: Entweder differenziert man strikt danach, ob der alte Vertrag rückabgewickelt wird bzw. ein neuer – einerlei aus welchen Gründen auch immer – geschlossen wird. Man privilegiert dann den Nichtberechtigten, wenn – etwa weil der Fehler der veräußerten Sache umstritten geblieben ist – die Parteien sich auf die Rückgabe verständigen, ohne das Recht auf Wandelung im einzelnen zu klären. Hier hat der frühere Eigentümer das Nachsehen. Hätte der Käufer das Gewährleistungsrecht notfalls gerichtlich durchgesetzt, verbliebe es beim Schutz des früheren Eigentümers. Oder man unterscheidet anhand der Gründe für den neuen Vertrag:<sup>48</sup> Das geht nicht ohne Motivforschung ab, die dem bürgerlichen Recht, abgesehen von eng begrenzten Ausnahmen wie der Sittenwidrigkeit, fremd ist. Oft läßt sich der Beweggrund kaum exakt eruieren. Vor allem aber – und darin liegt der ausschlaggebende Einwand – vermag das der Rückgabe zugrunde liegende Schuldverhältnis die Interessen zwischen dem Nichtberechtigten und dem früheren Eigentümer wertungsmäßig nicht überzeugend abzugrenzen. Für den ehemals Berechtigten spielt es

<sup>46</sup> Jauernig, § 932 I 1 b; AK/Reich, §§ 932 f., 6; nicht eindeutig RGRK/Pikart, § 932, 35.

<sup>47</sup> KG OLGE 2, 266 f.; OLG Königsberg OLGE 25, 378, 380; Soergel/Baur, § 892, 48; Soergel/Mühl, § 932, 5; RGRK/Augustin, § 892, 14; Staudinger/Seufert<sup>II</sup>, § 892, 89; Staudinger/Berg<sup>II</sup>, § 932, 35; Düringer/Hachenburg/Breit, vor § 366, 31; K. Müller, Rdn. 2418; v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer S. 160 f.; Nüßgens, Rückerwerb S. 130; Wacke, NJW 1981, 1580; Kiehl, JW 1922, 788; Gernhuber, Bürgerliches Recht § 8 II 3 b; Reeb, Verkehrsgeschäfte S. 81; Wilhelm, Rechtsform S. 269 f.; Harms, Sachenrecht S. 153; ders., Wertpapierrecht S. 85, der wegen dieser (von ihm angenommenen) Unzulänglichkeit des Rückerwerbs die Offertentheorie verteidigt; mit Ausnahmen auch Ewald, JherJb 76, 270, 284; Biller, Rückerwerb S. 46 (nicht bei mittelbar bösgläubigem Erwerb); skeptisch Baur, § 52 IV 2 c, der das Ergebnis als zweifelhaft bezeichnet; a. A. E. Wolf, Sachenrecht § 10 F I c 9 = S. 428; Eichler, II I S. 179; Krapp, Rückerwerb S. 36 f., 120; ausführlich Wiegand, JuS 1971, 65 f.; Palandt/Bassenge, § 932, 5 b, dessen Hinweis, der Nichtberechtigte habe das Eigentum herauszugeben, die h. M. nur insoweit richtig beschreibt, als der Nichtberechtigte Eigentümer wird, nicht jedoch, was seine Rückgabepflicht betrifft.

<sup>48</sup> So etwa v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer S. 160; ähnlich Nüßgens, Rückerwerb S. 135 f.: beide Übereignungen werden durch ein Kausalgeschäft zusammengehalten.

keine Rolle, aus welchen Gründen der Nichtberechtigte die Sache zurückerhalten hat, genausowenig wie diesen der Abschluß eines neuen Vertrags mit seinem Partner als besonders schutzwürdig apostrophiert.<sup>49</sup>

c) Der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB

Mit § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als Anspruchsgrundlage ist indes ein Teilaspekt der Lösung bereits angeklungen: Unbeschadet eines intakten Vertrages mit dem Erwerber gebührt der Erlös dem Verfügenden im Verhältnis zum seinerzeit Berechtigten nicht. Diese Pflicht beschreibt jedoch die Rechtsfolgen einer Veräußerung durch den Nichtberechtigten keineswegs erschöpfend: Auch das – durch die erneute Veräußerung an den ehemals Nichtberechtigten erlangte – Eigentum ist nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB dem früheren Eigentümer wieder einzuräumen. Nicht der Ausgangspunkt der h. M. ist schief, sondern ihre Beschränkung auf § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als abschließende Anspruchsgrundlage.

(1) Die soeben geschilderte Aporie hat darauf bereits ein aufschlußreiches Schlaglicht geworfen. Wer den Blick auf die Pflicht des Verfügenden verengt, das Erlangte herauszugeben, verabsolutiert die lediglich einen Teilbereich der Usurpation fremden Eigentums abfangende Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, muß nicht nur den Begriff in unterschiedliche Richtungen strecken, sondern bleibt nicht selten eine befriedigende Antwort schuldig. So käme wohl niemand auf den Gedanken, den Eigentümer leer ausgehen zu lassen, wenn ein Dritter seine Sache verbraucht, mag § 816 Abs. 1 S. 1 BGB allein eine Kompensation hierfür auch nicht eröffnen. Allgemein spricht man dem früher Berechtigten vielmehr einen Anspruch aus der Nichtleistungskondition des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB zu.<sup>50</sup> Von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als Begründung hat sich die h. M. auch bei der Versteigerung einer schuldnerfremden Sache gelöst. Wollte man früher die Vorschrift analog anwenden, um dem Eigentümer den Zugriff auf den Erlös zu eröffnen,<sup>51</sup> so setzt man heute bei § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB an,<sup>52</sup> ohne daß der Kontroverse eine tiefergehende Bedeutung

---

<sup>49</sup> Keinen Anspruch auf Herausgabe des Eigentums begründet die mit früherem mittelbaren Besitz verknüpfte Forderung auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes. Ihr stünde nicht zuletzt das nunmehr erworbene Eigentum des ehemals Nichtberechtigten als Einwendung entgegen.

<sup>50</sup> Vgl. etwa BGHZ 14, 7, 9; 32, 124, 130; *Palandt/Thomas*, § 812, 3 a; *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 67; *Soergel/Mühl*, § 812, 136; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 26; v. *Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 353; *Schlechtriem*, Symposium König S. 63 f.; vgl. ferner BGH WM 1986, 492, 495: Ersatz von vertragswidrig gewonnenem Kies nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB; war der Kies bereits veräußert, hat der Abbauende nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB den Erlös herauszugeben.

<sup>51</sup> So etwa noch RGZ 88, 351, 356 mwN.

<sup>52</sup> So etwa RGZ 156, 395, 399 f. sowie die weiteren Nachw. in § 5 Fn. 390; ferner *Palandt/Thomas*, § 812, 3 b, 5 B a bb, 6 B; *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 74; *Soergel/Mühl*, § 812, 152; *RGRK/Heimann-Trosien*, § 812, 44; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 27; *Stein/Jonas/Münzberg*, vor § 704, 141; § 771, 73; *Koppensteiner/Kramer*, S. 90; offengelassen in BGHZ 66, 150, 151; *MünchKomm/Lieb*, § 812, 269 will § 816 Abs. 2 BGB analog heranziehen; vgl. zu diesem Problem auch schon oben § 5 V 5 b (2).

beizumessen wäre als die Erkenntnis, wie wenig abschließend § 816 Abs. 1 S. 1 BGB die Rechtsfolgen von Eingriffen in fremdes Eigentum regelt.

Die aus ihrer Entstehungsgeschichte erklärbare Zersplitterung der „Bereicherungsklage aus Eigentum“<sup>53</sup> wird damit wieder auf einen einheitlichen Nenner zurückgeführt: Die §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2, 816 Abs. 1 S. 1, 951 Abs. 1 S. 1 BGB spiegeln einen durchgängigen Gedanken wider. Das Eigentum wirkt materiell in der Beziehung des früheren Eigentümers zu demjenigen fort, der durch die nichtberechtigte Verfügung in fremdes Recht eingegriffen hat.<sup>54</sup>

Rückt man die Dinge dergestalt zurecht, so kann das Ergebnis kaum Anlaß zu nennenswerten Zweifeln geben. Im Verhältnis zwischen dem ehemaligen Eigentümer und dem früher Nichtberechtigten, mag er inzwischen auch Inhaber der dinglichen Position sein, ist das Recht nach wie vor jenem zugeordnet; diese seine Befugnis durchzusetzen, dient ihm die Nichtleistungskondiktion des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB.<sup>55</sup> Man gewinnt so eine tragfähige, von allzu enger Bindung an § 816 Abs. 1 S. 1 BGB und seine Rechtsfolge befreite Basis.

Nicht verknüpfen sollte man das Resultat mit rein konstruktiven Erwägungen, insbesondere der Frage, wie sich § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ins Bereicherungsrecht einpaßt. Zwar mag es naheliegen, die Rechtsfolgen des Eingriffs durch die Veräußerung neben § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auch § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB zu entnehmen.<sup>56</sup> Sieht man demgemäß als primären Kondiktionsgegenstand die veräußerte Sache<sup>57</sup> an, tritt der Anspruch auf Ersatz des Wertes an ihre Stelle, weil die Heraus-

<sup>53</sup> *Wilburg*, Die Lehre S. 28ff.; vgl. hierzu die Darstellung der Entwicklung bei *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 157ff.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Wilburg*, Die Lehre S. 35; v. *Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 386; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 161f.

<sup>55</sup> Ebenso, wenngleich ohne Begründung, *Grunsky*, JZ 1962, 209 Fn. 42; pauschal auf die §§ 812ff. BGB verweist *Palandt/Bassenge*, § 932, 5b. Die Prot. III 215 = 3715 = Mugdan III 637 hatten bei gutgläubigem Rückerwerb nach vorangegangenem wegen Unredlichkeit fehlgeschlagenem Erwerb von Bereicherungsansprüchen des ehemals Berechtigten dem Rückerwerber gegenüber gesprochen, dies jedoch nicht näher ausgeführt. Desgleichen fehlt eine Stellungnahme zu dem Fall, in dem bereits der (erste) Erwerber redlich war.

<sup>56</sup> *Lopau*, Surrogationsansprüche S. 78ff.; ähnlich *Reeb*, Bereicherungsrecht S. 71; ablehnend *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 a = S. 285; *Larenz*, II § 69 IV a = S. 564 Fn. 1; *Soergel/Mühl*, § 816, 3; wohl auch *Erman/H. P. Westermann*, § 816, 2f.

<sup>57</sup> *Lopau*, Surrogationsansprüche S. 81 will als erlangt den Wert ansehen, den der Nichtberechtigte dem Gläubiger durch die rechtswidrige Verfügung entzieht; dieser könne seiner Beschaffenheit wegen nicht herausgegeben werden, weswegen § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 iVm. § 818 Abs. 2 BGB Ersatz in Geld gewähre. Das dürfte mit der h.M. übereinstimmen: Wer die Verfügung als eine „Art des Verbrauchs“ begreift (so etwa v. *Caemmerer*, Festschrift für Lewald S. 446) und den Verbrauch selbst als das Erlange definiert (so etwa *Koppensteiner/Kramer*, S. 120, 124 mit umfangr. Nachw.), für den scheint in der Tat von vornherein der Wert kondizierbar zu sein. Ungezwungener wirkt es, weiter zu gehen und die Sache selbst als erlangt zu werten – was gerade dann zum Tragen kommt, wenn die Naturalrestitution möglich ist (für Herausgabe in diesem Fall etwa *Schlechtriem*, Symposium *König* S. 79) oder wieder wird. Parallelen dazu findet man sogar bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB; Auch dort läßt sich daran denken, die Sache sei erlangt, nur wegen der Unmöglichkeit der Herausgabe wandle sich der

gabe unmöglich ist, so ändert sich dies, wenn der Verpflichtete den Gegenstand zurückerwirbt und dadurch in der Lage ist, ihn dem ehemaligen Inhaber wieder zu übereignen. Ob mit der h.M. eine Pflicht des Schuldners, sich die Sache wieder zu verschaffen, abzulehnen ist,<sup>58</sup> kann auf sich beruhen. Schon die Fragestellung als solche gäbe keinen Sinn, wäre nicht an den Rückerwerb die Folge geknüpft, daß nunmehr wieder der geschuldete Gegenstand und nicht nur sein Wert zu erstatten ist. Für den Sonderfall einer wirksamen Belastung fremden Eigentums besteht denn auch weithin Einigkeit, daß der Schuldner gehalten,<sup>59</sup> jedenfalls berechtigt ist,<sup>60</sup> das dingliche Recht zu beseitigen.

Auch die für § 816 Abs. 1 S. 1 BGB verteidigte Ersatzanspruchstheorie dürfte sich nur belanglosen Schwierigkeiten ausgesetzt sehen. Hat der Erwerber die Sache bekommen, kann er aber der Entgeltlichkeit des Geschäfts wegen nicht in Anspruch genommen werden und tritt der Verfügende folglich an seine Stelle,<sup>61</sup> ist dieser nunmehr imstande, nicht nur den Erlös bzw. Wert zu vergüten, sondern sogar den Gegenstand zurückzugeben, dann ist es nur konsequent, der primären Leistungspflicht Vorrang vor dem Sekundäranspruch zuzubilligen.

Wer diese beiden Theorien verwirft,<sup>62</sup> sollte deswegen nicht den Gegenschluß ziehen und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als abschließende Vorschrift und damit als Sperre für das Rückgabebegehren verstehen. Die Eingruppierung der Norm als *lex specialis* zu § 812 BGB bezweckt keineswegs, die Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zu verabsolutieren – etwa in dem Sinn, der frühere Eigentümer könne nur das aus dem Rechtsgeschäft Erlangte, wie man es auch immer verstehen mag, fordern.<sup>63</sup> Auch die Ablehnung der Ersatzanspruchstheorie ist nicht dadurch motiviert, daß man die Rückgabe der Sache von vornherein ausschließen möchte. Gerade wer, wie die h.M., § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als Ausdruck des Surrogationsgedankens begreift,<sup>64</sup> mit der Konsequenz, daß das Recht stärker als bei der bloßen (vereitelten) Kondition

Anspruch in eine Forderung auf Wertersatz (so etwa *Koppensteiner/Kramer*, S. 110; entschieden ablehnend freilich *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 ecc = S. 290f.). Auch der unberechtigt Einbauende eignet sich die Sache an, was die Übereinstimmung mit § 816 Abs. 1 S. 1 BGB begründet (*Schlechtriem*, Symposium König S. 69f.).

<sup>58</sup> So etwa RGZ 56, 383, 387; *Erman/H. P. Westermann*, § 818, 15; RGRK/*Heimann-Trosien*, § 818, 17; MünchKomm/*Lieb*, § 818, 28; *Staudinger/Lorenz*, § 818, 21, 25; *Koppensteiner/Kramer*, S. 154; weitergehend *Reuter/Martinek*, § 16 III 2 = S. 564, die für eine solche Wiederbeschaffungspflicht bis zur Grenze der Zumutbarkeit plädieren.

<sup>59</sup> Vgl. die Nachw. in § 5 Fn. 314.

<sup>60</sup> *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 ddd = S. 299.

<sup>61</sup> MünchKomm/*Lieb*, § 816, 3; vgl. dazu auch die Darstellung bei *Reuter/Martinek*, § 8 I 1 d = S. 286, die diese These aber ablehnen; vgl. dazu *dies.*, § 8 I 1 c = S. 287ff.

<sup>62</sup> Vgl. die in Fn. 56 und 61 als abweichende Ansicht Genannten.

<sup>63</sup> So im Ergebnis aber *Wacke*, NJW 1981, 1578, 1579; anders die h.M., da nur so die Pflicht zur Beseitigung dinglicher Lasten verständlich wird; vgl. die Nachw. in Fn. 59 und 60.

<sup>64</sup> Vgl. z.B. RGZ 119, 332, 337, das freilich noch auf der inzwischen überwundenen Lehre der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung basiert; *Soergel/Mühl*, § 816, 1; *Reuter/Martinek*, § 8 I 4 d = S. 321ff.; v. *Caemmerer*, Festschrift für Lewald S. 446; ähnlich BGHZ 56, 131, 133f.; BGH NJW 1970, 2059 mwN.

fortwirkt,<sup>65</sup> muß den Erst-recht-Schluß ziehen. Ist die Herausgabe der Sache wiederum möglich, sperrt § 816 Abs. 1 S. 1 BGB diese Verpflichtung nicht mehr. Ein anderes Verständnis der Norm würde nicht zuletzt dem verfassungsrechtlich garantierten Bestandsschutz widersprechen. Wäre es doch möglich, dem Berechtigten das Eigentum vorzuenthalten, obwohl dem ehemaligen Nichtberechtigten keinerlei gleich- oder höherrangiges Interesse zur Seite steht, das seinen Belangen Priorität zubilligen könnte.

(2) Das Fazit wird bestätigt und abgesichert durch die zur Reichweite der Nichtleistungskondition entwickelten Modelle. Selbst den Anforderungen der Rechtswidrigkeitstheorie in ihrer strengeren Spielart ist genügt. Die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung geht unmittelbar einher mit der Verletzung der durch das Eigentumsrecht statuierten Unterlassungspflichten, insbesondere dem Verwertungsverbot.<sup>66</sup> § 1004 BGB indiziert einen Verstoß gegen dieses Eigentumsrecht durch die Verfügung des Nichtberechtigten. Unterschiedliche Formulierungen und Abgrenzungen innerhalb des Spektrums der Rechtswidrigkeitstheorie,<sup>67</sup> veranlaßt durch den Befund, daß die bloße Widerrechtlichkeit nicht zwingend etwas über die vermögensrechtliche Relevanz des Eingriffs besagt,<sup>68</sup> stehen hier nicht für inhaltliche Differenzen. Beim Eigentum als dem Prototyp des dinglichen Rechts lassen sich vermögensrechtliche Auswirkungen der Verfügung wie des Rückerwerbs auf die Position des früher Berechtigten nicht ernsthaft bestreiten.<sup>69</sup> Im Verhältnis zum ehemaligen Eigentümer gebührt dem Verfügenden weder der Erlös noch die – durch die Rückübertragung begründete – dingliche Stellung.

Die §§ 892 f., 932 ff. BGB modifizieren dieses Rechtswidrigkeitsurteil nicht.<sup>70</sup> Die Normen schirmen zwar im Verbund mit § 816 Abs. 1 S. 1 BGB den redlichen

<sup>65</sup> So *Reuter/Martinek*, § 8 I 4 d = S. 323.

<sup>66</sup> *Kellmann*, Gewinnhaftung S. 92; *Jakobs*, Eingriffserwerb S. 54 f., 106 f., der an sich *F. Schulz* folgt – vgl. dazu Fn. 67 –, was die Einschränkung auf das Verbotungsrecht nicht erklärt; vgl. dazu *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 92; *Haines*, Bereicherungsanspruch S. 50 f., 102.

<sup>67</sup> Vgl. etwa noch recht pauschal *F. Schulz*, AcP 105, 479 f., den „Begründer der Rechtswidrigkeitslehre“ (Widerrechtlichkeit des Handelns); mehr in die Richtung des Zuweisungsgehalts tendieren schon *Kleinbeyer*, JZ 1970, 474 (Benutzung und Verwendung fremder Rechtsgüter); *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 91 ff. (Rechtswidrigkeit und Zuweisung der Eingriffsvorteile in das Vermögen des Verletzten; damit wird auch der Begriff des „Habens“ bei *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 94 ff. relativiert, worauf *Reuter/Martinek*, § 7 II 1 = S. 244 zu Recht hinweisen); *MünchKomm/Lieb*, § 812, 210 (Möglichkeit des Unterlassensbegehrens und zusätzlich der entgeltlichen Gestattung), der sich jedoch nicht als Anhänger der Rechtswidrigkeitslehre einordnet (vgl. hierzu *MünchKomm/Lieb*, § 812, 282 mit Fn. 589).

<sup>68</sup> Vgl. nur die Bedenken bei *MünchKomm/Lieb*, § 812, 200; *Soergel/Mühl*, § 812, 132; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 707; *Koppensteiner/Kramer*, S. 72 f.; *Kleinbeyer*, JZ 1970, 471.

<sup>69</sup> Vgl. statt aller *Koppensteiner/Kramer*, S. 79.

<sup>70</sup> Für die Anhänger der Rechtswidrigkeitslehre geht der Rechtsgrund iS. des § 812 BGB im Begriff der Rechtswidrigkeit auf; vgl. etwa *F. Schulz*, AcP 105, 479 f.; *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 99; vgl. auch die Darstellung bei *MünchKomm/Lieb*, § 812, 193; § 812, 282 mit Fn. 589.

entgeltlichen Erwerb nicht nur von der Vindikation, sondern auch von der Kondiktion des ehemaligen Eigentümers ab. Man braucht daher die Möglichkeit des Zugriffs nicht schon am Vorrang der Leistungskondiktion scheitern lassen.<sup>71</sup> Die Vorschriften sind, wenn schon nicht Rechtsgrund,<sup>72</sup> so doch Indiz dafür, daß in diesem Verhältnis nicht rückabgewickelt werden kann,<sup>73</sup> ohne die Tatsache in Frage zu stellen, daß in der Beziehung zwischen dem Verfügenden und dem ehemals Berechtigten die Veräußerung allemal rechtswidrig bleibt. Anders ließe sich § 816 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erklären, obgleich der Erlös dem Partner des Verfügungsgeschäfts gegenüber kondiktionsfest erworben wurde. Weiß der Nichtberechtigte obendrein, daß die Sache ihm nicht gehört, oder hätte er davon wenigstens Kenntnis nehmen müssen, so haftet er zusätzlich nach § 823 Abs. 1 BGB wegen vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Verletzung des Eigentums,<sup>74</sup> gemäß einer Norm also, die wie § 816 Abs. 1 S. 1 BGB Ersatz für das untergegangene Eigentum gewährt,<sup>75</sup> wie diese – sieht man von dem Erfordernis des Verschuldens ab – strukturiert ist<sup>76</sup> und unstreitig Rechtswidrigkeit im Tatbestand der haftungsbegründenden Kausalität voraussetzt. Die Widerrechtlichkeit der Bereicherung – erneut beschränkt auf die Relation des Alteigentümers zum ehemals Nichtberechtigten – setzt sich nach der Rückübertragung fort. Mag hier auch der Vertrag zwischen den Partnern der (Rück-)Verfügung die Vermögensverschiebung als Rechtsgrund decken, so strahlt er nicht auf die Beziehung zum vormals Berechtigten aus, genauso wie die ursprüngliche Veräuße-

<sup>71</sup> Was die Vertreter dieser Ansicht vehement ablehnen; vgl. etwa *Kellmann*, Gewinnhaftung S. 120 ff.; *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 62 ff.

<sup>72</sup> So wohl *Kellmann*, Gewinnhaftung S. 118: Ersetzung der Zustimmung des Eigentümers; vgl. dazu noch Fn. 83.

<sup>73</sup> So etwa *Wilhelm*, JuS 1973, 5: Zum Schutz des Erwerbers behandelt das Gesetz den redlichen Erwerb als Erwerb aus dem Vermögen des Nichtberechtigten; ähnlich *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 97, der aus der Möglichkeit des redlichen Erwerbs begründet, daß der Gegenstand nicht auf Kosten des Eigentümers erlangt sei, die Argumentation, er sei mit Rechtsgrund erlangt, ausdrücklich verwirft.

<sup>74</sup> Vgl. etwa BGHZ 56, 73, 77; BGH WM 1967, 562, 563; JZ 1984, 230, 231; MünchKomm/Mertens, § 823, 75; *Staudinger/Schäfer*, § 823, 54; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 11; *Reuter/Martinek*, § 7 I 1 = S. 236 f. Dies gilt nach der Rechtsprechung auch dann, wenn erst die Genehmigung des Berechtigten zum Eigentumsverlust führt; vgl. z. B. BGH NJW 1960, 860; DB 1976, 814, 815; zustimmend etwa *Palandt/Thomas*, § 816, 1b; *Erman/H. P. Westermann*, § 816, 3; *Staudinger/Lorenz*, § 816, 11. Der Vergleich bezieht sich nur auf das Merkmal der Rechtswidrigkeit, läßt also offen, ob kondiktionsrechtlich geschützt sein muß, was deliktischen Schutz erhält (ablehnend etwa *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 709; dies hängt mit dem Problem der vermögensrechtlichen Relevanz zusammen; vgl. dazu oben bei Fn. 68).

<sup>75</sup> BGH JZ 1984, 230, 231.

<sup>76</sup> Vgl. dazu die – in den Rechtsfolgen, nicht jedoch vom Tatbestand her umstrittene – Haftungsstufenleiter; etwa *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 726; *Reuter/Martinek*, § 8 I 4 d = S. 323 f. Daß der Erwerber nach § 823 Abs. 1 BGB haftet, wenn er grob fahrlässig oder wider besseres Wissen durch die Übertragung das Recht des Inhabers verletzt hat, ansonsten aber von Kondiktionsansprüchen abgesichert ist, soweit er seinerseits eine Leistung erbracht hat, spricht nicht für die Untauglichkeit des Schlusses, sondern folgt aus den §§ 892 f., 932 ff. BGB. Analoge Vorschriften stehen dem Veräußerer gerade nicht zur Seite.



rung zwar die konkrete Ausgestaltung des Anspruchs des Alteigentümers, nicht jedoch seine grundsätzliche Position tangierte.

Als nahezu selbstverständlich muß das Ergebnis den Anhängern der Lehre vom Zuweisungsgehalt<sup>77</sup> erscheinen. Das Eigentum, das modellhaft vorzeichnet, welche Befugnisse dem Gläubiger nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB zugewiesen sind,<sup>78</sup> wirkt materiell fort, was nichts anderes besagen will, als daß dem ehemaligen Eigentümer ein schuldrechtlicher Ersatzanspruch zusteht.<sup>79</sup> Wenngleich unausgesprochen, so basiert die h. M. zum Rückerwerb des Nichtberechtigten<sup>80</sup> auf dieser materiellen Zuordnung, schon deshalb, weil sonst der Eigentümer im Ergebnis einem besseren Recht des ehemaligen Nichtberechtigten zu weichen hätte.

Wie bei der Rechtswidrigkeitstheorie ändern die jeweils zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber geschlossenen Verträge nichts am fehlenden Rechtsgrund im Verhältnis zum Alteigentümer.<sup>81</sup> Auch die entschiedensten Verfechter des Subsidia-

<sup>77</sup> So die h. M.; vgl. grundlegend *Wilburg*, Die Lehre S. 27 ff., 34 ff.; *ders.*, AcP 163, 348 f.; v. *Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 353 ff.; *Heck*, Schuldrecht § 141, 5; vgl. ferner etwa BGHZ 82, 299, 306; 99, 244, 247; 99, 385, 387; *Palandt/Thomas*, § 812, 6 B; *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 65; RGRK/*Heimann-Trosien*, § 812, 42; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 23; *Reuter/Martinek*, § 7 I 1 = S. 234 ff.; *Larenz*, II § 68 II; *Esser/Weyers*, § 50 I 1; *Fikentscher*, § 99 IV 2a; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 709; *Koppensteiner/Kramer*, S. 75 ff.; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 162; *Schlechtriem*, Symposium König S. 60; *ders.*, JZ 1988, 858 f.; *Mestmäcker*, JZ 1958, 523; der Sache nach auch StudK/*Beuthien*, § 812 III 2c; ähnlich im Ergebnis die Theorie des allgemeinen Güterschutzes bei *Reeb*, Bereicherungsrecht S. 36 f.

<sup>78</sup> So schon *Wilburg*, Die Lehre S. 29; *ders.*, AcP 163, 349; vgl. ferner etwa RGRK/*Heimann-Trosien*, § 812, 42; *Larenz*, II § 68 II; *Esser/Weyers*, § 50 I 1; *Fikentscher*, § 99 IV 2a a; *Reuter/Martinek*, § 7 III 1 = S. 248; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 709; *Schlechtriem*, Symposium König S. 63, der darauf hinweist, daß sich aus der Sozialbindung Einschränkungen ergeben können; das würde aber die Zuweisung des Erlöses wie der Sache an den Verfügenden nicht rechtfertigen.

<sup>79</sup> Vgl. etwa *Wilburg*, Die Lehre S. 29: Der Grund des Ersatzanspruches liegt im alten Eigentum, dessen Zweck in schuldrechtlicher Gestalt fortlebt; RGRK/*Heimann-Trosien*, § 812, 42: Rechtsfortwirkungsanspruch; *Reuter/Martinek*, § 7 I 1 = S. 235; *Larenz*, II § 69 IV a = S. 565.

<sup>80</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 11 ff., insbesondere 33.

<sup>81</sup> Auch für die Vertreter der Lehre vom Zuweisungsgehalt geht die Rechtsgrundlosigkeit im (so beschriebenen) Merkmal „auf dessen Kosten“ auf; vgl. nur *Larenz*, II § 68 II; *Hüffer*, JuS 1981, 264, sieht man von hier nicht einschlägigen Ausnahmen ab. – Das jüngst erneut beschworene Erfordernis der Unmittelbarkeit (vgl. etwa BGHZ 100, 95, 100) ist daneben überflüssig (*Koppensteiner/Kramer*, S. 86 ff.). Denn seiner Funktion, Empfänger eines Vorteils vor einer direkten Forderung des ursprünglich Berechtigten abzuschirmen (vgl. die Darstellung bei *Koppensteiner/Kramer*, S. 87), ist durch das Verbot der Versionsklage Rechnung getragen. Wo dieser Wertung Vorschriften wie die §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB entgegenstehen, hat das Kriterium der Unmittelbarkeit seine Trennschärfe eingebüßt. Im Vordergrund steht deshalb die Frage, ob und inwieweit der bislang Berechtigte soll zugreifen können; die Überlegungen sind unabhängig von der Unmittelbarkeit – wie gerade der Fall der Versteigerung einer schuldnerfremden Sache veranschaulicht. Daß der Versteigerungserlös unmittelbar, also auf Kosten des Eigentümers vom Gläubiger erlangt sei (so BGHZ 100, 95, 100 für den Fall der Aufrechnung des erstehenden Gläubigers mit der titulierten Forderung), ist durch den Zuweisungsgehalt und die ihn stützenden Wertungen bereits präjudiziert. Steht dem bisherigen Eigentü-

ritätsprinzips, die mit Verve den Vorrang der Leistungsbeziehung propagieren, kämen nicht auf den Gedanken, etwa die Kondiktion nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zu versagen, weil der Erwerber den Erlös an den Nichtberechtigten geleistet hat.<sup>82</sup> Für den parallel laufenden Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB, ebenso Konsequenz der materiell fortwirkenden Eigentumszuweisung, kann man nicht abweichend plädieren.

(3) Der Rechtsgrund der Rückübertragung ist ohne Gewicht. Im Verhältnis zwischen dem vorher Nichtberechtigten und dem ehemaligen Inhaber spielt es keine Rolle, ob etwa der der Veräußerung unterlegte schuldrechtliche Vertrag nichtig war, aufgrund einer Wandelung rückabgewickelt wurde oder aber ein gänzlich neues mit dem ersten nicht zusammenhängendes Geschäft geschlossen ist. Relativ gesehen bleibt der Alteigentümer immer der besser Berechtigte.

Selbst die Abführung des Erlöses an den Alteigentümer beeinflusst seinen Anspruch auf Überlassung des später erhaltenen Eigentums im Grundsatz nicht. Solange die Sache beim redlichen Erwerber verblieben war, hatte sich ihm keine andere Möglichkeit geboten, als die Gegenleistung beim Veräußerer geltend zu machen, um den Verlust des Eigentums zumindest finanziell zu kompensieren. Doch präjudiziert den ehemals Berechtigten diese Wahl nicht, wenngleich er natürlich verpflichtet ist, den Preis, der mangels Rechtsgrunds mit der Rückforderung der Sache ihm nun nicht mehr gebührt, wieder zu vergüten. Erst wenn der Eigentümer der Verfügung zugestimmt, damit die Zuweisung der Sache im Verhältnis zum Verfügenden modifiziert hat, entfällt der Anspruch.<sup>83</sup> So hebt sich die auf § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB basierende Befugnis nicht nur in ihrer dogmatischen Verankerung, sondern auch im Ergebnis zum Teil signifikant von der h. M. ab; sie ist unbelastet von der konkreten

---

mer der Erlös zu, so grundsätzlich auch die Sache, soweit sie ausnahmsweise zurückgegeben werden kann. Die (äußerst kitschige) Frage, ob der Erwerb in der Zwangsversteigerung angesichts des vollstreckungsrechtlichen Zuschlags auch dann mit Rechtsgrund erfolgt, wenn der Gläubiger der titulierten Forderung die schuldnerfremde Sache selbst ersteigert (so BGHZ 100, 95, 100), braucht hier nicht vertieft zu werden. Im Verhältnis zwischen dem ehemaligen Eigentümer und dem Verfügenden jedenfalls ist ein derartiger Rechtsgrund nicht gegeben – genauso wenig wie die §§ 932 ff. BGB bei unentgeltlichem Erwerb als Rechtsgrund aufgefaßt werden können.

<sup>82</sup> Vgl. etwa *Reuter/Martinek*, § 10 II 2 = S. 402 ff., die aber § 8 I 1 cbb = S. 289 ausdrücklich einräumen, daß zu Lasten des Nichtberechtigten der Vorrang der Leistungs- vor der Eingriffskondiktion durchbrochen werde; ferner *Beuthien*, JuS 1987, 844, da der Bereicherungsgegenstand nicht die Gegenleistung, sondern der unmittelbare Verfügungsvorteil der Schuldbefreiung sei.

<sup>83</sup> Vgl. etwa *v. Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 391 für die Genehmigung der Verfügung über gestohlene Güter. – Es ist daher zumindest mißverständlich, davon zu sprechen, der gutgläubige Erwerb „ersetze“ die Zustimmung des Eigentümers (so indes z.B. *Kellmann*, *Gewinnhaftung* S. 118). Die Konsequenzen können durchaus verschieden sein, wie der Text zeigt. Das ist bei der Einwilligung auch sachlich gerechtfertigt, „verzichtet“ hier der Eigentümer doch von vornherein auf sein Recht, aber auch bei der Genehmigung nicht anders. Statt des ihm offen stehenden Zugriffs auf das Eigentum bzw. den Ersatz gegen einen originären Erwerber, wie etwa den Verarbeiter, hat der Berechtigte hier den Erlös gewählt.

Qualifizierung des Rückabwicklungsgeschäfts, die selbst einige Verfechter der h. M. als unbefriedigend empfinden.<sup>84</sup>

Die Unterschiede kommen beim rücklaufenden Wechsel zum Tragen. Dem weit-  
hin unstreitigen Ergebnis, daß dem Rückerwerber redlicher Erwerb seiner Nach-  
männer nicht nützen könne,<sup>85</sup> stehen kontroverse und kaum griffige Begründungen  
gegenüber. An der Sache vorbei geht bereits das Argument, der redliche Erwerb  
habe nur dem vorlaufenden Wechsel im Interesse seiner Verkehrsfreundlichkeit zu  
dienen.<sup>86</sup> Der Einlösende hat – anders als bei Zahlung an einen Nichtberechtigten<sup>87</sup> –  
mit dem (insoweit) Befugten kontrahiert, weswegen die Frage nach Funktion und  
Reichweite redlichen Erwerbs Makulatur ist. Die Behauptung, der Rückerwerber  
dürfe sich auf die Redlichkeit seiner Nachmänner nicht berufen,<sup>88</sup> bleibt die Ant-  
wort, was denn der Grund der Restriktion sei, schuldig. Nicht besser ist es um die  
Annahme, das Wertpapierrecht beharre auf einer nicht verallgemeinerungsfähigen  
Sonderregel,<sup>89</sup> oder die Rückkehr zur dogmatisch verfehlten Offertentheorie<sup>90</sup> be-  
stellt. Ist auch mit dem Rückerwerb des Nichtberechtigten<sup>91</sup> die zutreffende Rich-  
tung gewiesen, so kann die h. M. über Brüche, die mehr sind als bloße Schönheits-  
fehler, nicht hinwegtäuschen. Sie läßt nicht nur jeden konstruktiven Ansatz vermis-  
sen, der ihr Resultat verständlich machen könnte, sondern verengt das Problem auch  
in unsachgemäßer Weise, wenn sie es auf eine eng interpretierte Rückabwicklung  
reduziert. So müßten der Einlösungsrückgriff und ein neues Geschäft je getrennt  
behandelt werden, obgleich der Erwerber damit vielleicht nur einem drohenden  
Rückgriff zuvorkommen wollte;<sup>92</sup> erst recht hätte natürlich ein von früheren Verfü-  
gungen völlig unabhängiger Vertrag seine eigenen Wege zu gehen.<sup>93</sup> Der Anspruch

<sup>84</sup> Etwa *Baur*, § 52 IV 2c; allgemein zur Kritik vgl. schon oben § 6 II 1 b a. E.

<sup>85</sup> BGH WM 1971, 376; 1972, 1090; 1974, 748, 749 (für den Scheck); 1975, 50; 1976, 562, 563; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 14, 4; Art. 17, 25; 17, 87; *Hueck/Canaris*, § 12 IV 3b; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 17 III 1a; *Richardi*, § 21 VI; *Harms*, Wertpapierrecht S. 84f.; RGRK/Pikart, § 932, 36.

<sup>86</sup> So BGH WM 1971, 376; 1975, 50; ähnlich *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 14, 4: Ver-  
kehrsschutz dient nur vorlaufenden Wechseln.

<sup>87</sup> Vgl. dazu oben § 5 V 2c.

<sup>88</sup> BGH WM 1971, 376; 1972, 1090; 1974, 748, 749; 1975, 50; *Baumbach/Hefermehl*, WG  
Art. 14, 4.

<sup>89</sup> So RGRK/Pikart, § 932, 36.

<sup>90</sup> *Harms*, Wertpapierrecht S. 85.

<sup>91</sup> *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 14, 4; *Hueck/Canaris*, § 12 IV 3b; *Canaris*, ZHR 151,  
544; ähnlich *Zöllner*, Wertpapierrecht § 17 III 1a: gewisse Verwandtschaft; ablehnend *Richar-*  
*di*, § 21 VI Fn. 16.

<sup>92</sup> So *Harms*, Wertpapierrecht S. 85, der deswegen die Offertentheorie verteidigt; ähnlich im  
Ergebnis *Pflug*, Wechsel S. 89f., zusammenfassend S. 107, der die Einwendung nicht als Man-  
gel der Forderung begreift, sondern auf das jeweilige Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger  
beschränkt, so daß sie bei Rückerwerb wieder wirksam werde. Das ist nur die Umkehrung der  
Offertentheorie und dogmatisch zumindest unnötig.

<sup>93</sup> Unklar *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 14, 4 mit dem unglücklichen Beispiel einer  
Schenkung.

aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB bürgt hingegen für eine einheitliche Lösung, die dem in allen Fällen übereinstimmenden Schutzbedürfnis des Schuldners Rechnung trägt. Der Einlösende ist verpflichtet, die ursprüngliche Einrede<sup>94</sup> wieder einzuräumen, was ihm als Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegengehalten werden kann.<sup>95,96</sup>

## 2. Der unentgeltliche Erwerb

In Grenzen halten sich die Probleme bei der Schenkung und den restlichen Fällen des unentgeltlichen, von der h.M. gemeinhin mit dem fehlenden Verkehrsgeschäft charakterisierten Erwerbs. Die mangelnde Gegenleistung zieht unausweichlich die Rückgabepflicht gemäß § 816 Abs. 1 S. 2 BGB – zumindest in analoger Anwendung der Vorschrift – nach sich. In der engen Verzahnung der beiden Anspruchsgrundlagen des § 816 Abs. 1 BGB spiegelt sich die deckungsgleiche ratio legis. Nur die Passivlegitimation wechselt; das relativ bessere Recht des früheren Eigentümers setzt sich – je nach Standpunkt ausnahmsweise oder als, wenngleich zahlenmäßig seltener anzutreffende, Grundregel – dem Empfänger gegenüber durch. § 816 Abs. 1

<sup>94</sup> Vgl. dazu die Fälle BGH WM 1971, 376; 1972, 1090; 1976, 562, 563.

<sup>95</sup> Vgl. den wegen Unentgeltlichkeit nicht schutzwürdigen einredefreien Erwerb, bei dem der Bezogene ebenfalls die persönliche Einwendung analog § 816 Abs. 1 S. 2 BGB entgegensetzen kann; dazu etwa Hueck/Canaris, § 9 II 1 e; Canaris, Vertrauenshaftung S. 241; ders., JuS 1971, 444; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 17, 26.

<sup>96</sup> Ein Sonderproblem stellt der Fall dar, daß der Einlösende früher nur formell, nicht auch materiell berechtigt war. Die h.M., die das Eigentum am Wechsel an den ehemaligen Inhaber zurückfallen läßt (BGH WM 1975, 50; Hueck/Canaris, § 12 IV 3b; Canaris, ZHR 151, 544; Zöllner, Wertpapierrecht § 17 III 2a; anders wohl Baumbach/Hefermehl, WG Art. 49, 3; Hefermehl, Festschrift für Wahl S. 367f. jeweils mwN.), eröffnet dem Schuldner die Möglichkeit, bereits die sachliche Berechtigung des jetzigen Inhabers zu bestreiten. Zum selben Ergebnis kommt die hier vertretene Konzeption: Ist der Bezogene gutgläubig, hilft ihm Art. 40 Abs. 3 WG. Kennt er dagegen den Hergang, so geht die Herausgabepflicht des jetzigen Inhabers, da partiell verdinglicht (vgl. unten § 6 III 4), auf ihn über. Zwar erwirbt der Tilgende mit Bezahlung der Schuld kraft Gesetzes auch Eigentum am Wechsel (Baumbach/Hefermehl, WG Art. 39, 3), doch wird auch der neue Eigentümer angesichts seiner Unredlichkeit zur Übertragung des Wechsels an den früheren materiell Berechtigten verpflichtet. Die Tatsache, daß der Gläubiger kein (unbelastetes) Eigentum am Wechsel zu verschaffen vermag, kann ihm einrede-weise entgegengehalten werden (vgl. zu einem Parallelproblem Hueck/Canaris, § 17 III 3a sowie für das Recht der Grundschild BGH NJW 1987, 838, 839: Einrede des Schuldners, er müsse an den Gläubiger der persönlichen Forderung nur gegen Rückgewähr der Grundschild zahlen). Das findet seine Parallele darin, daß auch einem Rückgriffsgläubiger – entgegen der h.M. (vgl. Hueck/Canaris, § 12 IV 3b) – Einwendungen des Schuldners gegen seinen Vormann prinzipiell entgegengehalten werden können, soweit nicht Art. 17 WG eingreift (auf den auch Ulmer, Recht der Wertpapiere S. 263 verweist), was umgekehrt dazu führt, daß der in Anspruch Genommene seinerseits insoweit die Tilgung verweigern kann, falls die Einwendung liquide beweisbar ist. Sonst würde entweder der Schuldner im Ergebnis seine Einwendung verlieren oder der Einlösende um seinen Regreßanspruch gebracht (vgl. zu dieser äußerst umstrittenen Problematik der „gestörten Gesamtschuld“ Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 933f. mit Darstellung Rdn. 929ff.). – Vgl. ferner Fn. 97.

§ 2 BGB verdeutlicht somit den nach wie vor zugunsten des früheren Eigentümers streitenden Zuweisungsgehalt<sup>97</sup> und leitet Konsequenzen aus ihm ab. Indem die Norm den ehemals Berechtigten nicht nur wie bei einer entgeltlichen Verfügung auf den Erlös, sondern auf die Sache selbst zugreifen läßt, stimmt sie in Struktur und Rechtsfolge mit § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB überein.

### 3. Die Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers

Die materielle Fortwirkung des Eigentums präzisiert die maßgebenden Kriterien auch für die Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers bzw. Schuldübernehmers, sei es, daß der Nichtberechtigte den redlichen Erwerber beerbt, sei es, daß seine Verpflichtungen von Gesetzes wegen auf diesen übergeleitet werden – etwa gemäß den §§ 419 BGB, 25 HGB.

#### a) Die Haftung des Übernehmers eines Vermögens

Während im großen und ganzen Einigkeit herrscht, daß die Vermögensübernahme gemäß § 419 BGB redlichem Erwerb nicht im Weg steht,<sup>98</sup> ist der damit verknüpfte Umfang der Haftung des Übernehmenden wenig geklärt. Der h. M. zufolge soll der Erwerber lediglich Wertersatz schulden.<sup>99</sup> Nach der Verfügung sei der

<sup>97</sup> Vgl. etwa *Soergel/Mühl*, § 816, 37; v. *Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 369; *Heck*, Schuldrecht § 144 I 9; Kondiktion wegen Rechtsverletzung durch unentgeltlichen Erwerb. – Die Rechtswidrigkeitslehre könnte zwar im Hinblick auf die §§ 932 ff. BGB vordergründig die Rechtmäßigkeit des „Eingriffs“ propagieren, würde durch § 816 Abs. 1 S. 2 BGB aber jedenfalls insoweit eines Besseren belehrt, als kondiktionsfestes Eigentum des Erwerbers von der Rechtsordnung nicht gedeckt wird. – Die Analogie zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB weist den Weg, wenn der Sicherungsnahmer nach Valutierung des Darlehens erfährt, daß sein Schuldner nicht Eigentümer der zur Sicherung übertragenen Sache bzw. des indossierten Wechsels war, der Kredit anschließend getilgt wird (vgl. zu diesen Fällen *Canaris*, ZHR 151, 544 f.). Hier kann der ehemalige Eigentümer zugreifen, da der Kreditgeber seine Leistung zurückerhalten hat. Der nicht (mehr) entgeltliche Erwerb läßt seine Interessen zurücktreten, ohne daß daran die erneute Valutierung etwas ändern könnte; ist der Sicherungsnahmer doch inzwischen bösgläubig (ebenso im Ergebnis BGHZ 5, 285, 294; BGH WM 1984, 1093, 1094; *Canaris*, ZHR 151, 544). Diesen Rückgewähranspruch kann auch der Bezogene eines Wechsels dem Inhaber entgegensetzen – und zwar als inhaltliche Einwendung (a. A. *Hueck/Canaris*, § 9 II 1 c, der dies nur als persönliche Einwendung einstuft). Auch ansonsten kann der Rückgewähranspruch bösgläubigen Rechtsnachfolgern des Indossatars entgegengehalten werden (vgl. zur partiellen Verdinglichung unten § 6 III). Den ehemaligen Eigentümer zu schützen, indem der Sicherungsgeber seinen Rückgewähranspruch gegen den Sicherungsnahmer abtritt bzw. dazu im Wege der Zwangsvollstreckung gezwungen wird (so der Vorschlag von *Canaris*, ZHR 151, 545), würde für den Fall nichts nützen, daß der Sicherungsnahmer inzwischen weiterverfügt hat oder die Sache bei ihm gepfändet ist. Der Verschaffungsanspruch ist – im Gegensatz zum Herausgabanspruch – gegen Sukzessionen und Pfändungen nicht gesichert.

<sup>98</sup> Vgl. die Nachw. in § 5 Fn. 350. Gleiches gilt für § 25 HGB.

<sup>99</sup> RGZ 123, 52, 55; *Staudinger/Gursky*, § 892, 70; *Lutter*, AcP 164, 160 Fn. 129; *Olzen*, Erbfolge S. 288; *Knur*, Erwerb S. 30, 38; *Fritsch*, JherJb 82, 305; a. A. OLG Braunschweig AufwRspr VI 42, 43 f.; v. *Tuhr*, II 1 S. 91 Fn. 40, die eine obligatorische Pflicht zur Rückgabe bejahen; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d = S. 270; *Rosenberg*, § 892 II 3 b = S. 415, die einen solchen Anspruch erwähnen, aber keine Details andeuten; KG OLGE 3, 33, 34; *Turnau*/

Nichtberechtigte nicht mehr gemäß § 985 BGB zur Herausgabe des Besitzes bzw. gemäß § 894 BGB zur Bewilligung der Grundbuchberichtigung verpflichtet, da dieser Anspruch mit dem redlichen Erwerb erlösche; den Übernehmer könne keine weiter gehende Verbindlichkeit treffen.<sup>100</sup> Die Prämisse läßt die Tatsache außer acht, daß im Verhältnis zum Verfügenden der ehemalige Eigentümer den Vorrang beanspruchen und seine Forderung verfolgen kann, soweit sein Gegner wieder in der Lage ist, ihr nachzukommen. Der Veräußerer, der vor der Veräußerung nicht berechtigt war, den Gegenstand dauernd zu behalten, konnte sich ein solches Recht nicht dadurch verschaffen, daß er ohne Zustimmung über die Sache verfügte. Die h. M. verkennt nicht nur die Funktion des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB,<sup>101</sup> wenn sie die Pflicht des Veräußerers durchweg auf den Wertersatz einschränkt, sie mißachtet vor allem das Bestandsschutzinteresse des Eigentümers. Hat man § 419 BGB seiner – freilich nicht allzu transparenten – Ratio nach als gesetzliche Schuldübernahme zu deuten,<sup>102</sup> dann verlagert er die den Verfügenden treffende Pflicht auf den Erwerber.<sup>103</sup> Unter diesem Blickwinkel kommt es nicht von ungefähr, paßt aber keineswegs zum Ansatzpunkt der h. M., wenn sie den Erwerber bei Verschulden seines Partners dazu anhält, den Gegenstand gemäß den §§ 823 Abs. 1, 249 S. 1 iVm. 419 BGB im Wege der Naturalrestitution herauszugeben.<sup>104</sup> Es ist inkonsequent, dem Erwerber die Sache ungeachtet seiner Haftung definitiv zuzuordnen, sobald der Verfügende sich nicht bewußt war, daß er in fremdes Recht eingriff.<sup>105</sup>

Parallel zu § 419 BGB ist § 1437 BGB konzipiert. Weder bedarf es eines wie stets unergiebigem Hinweises auf den gesetzlichen Erwerb, der redlichen Erwerb einer fremden Sache bei Vereinbarung einer Gütergemeinschaft ausschliesse,<sup>106</sup> noch der ins einzelne gehenden Untersuchung, ob denn deren Begründung als entgeltliches

---

Förster, I § 892 I 3; wohl auch *Biermann*, §§ 892 f., 5b, die aus diesem Grund schon den redlichen Erwerb ablehnen.

<sup>100</sup> RGZ 123, 52, 53; *Lutter*, AcP 164, 160 Fn. 129; *Olzen*, Erbfolge S. 288; *Knur*, Erwerb S. 30, 38; *Fritsch*, JherJb 82, 305.

<sup>101</sup> So etwa KG JW 1927, 1494, das einen schuldrechtlichen Anspruch ohne weitere Argumente verneint; anders demgegenüber RG DR 1908 Nr. 2670; vgl. dazu sogleich unten § 6 II 3b.

<sup>102</sup> Vgl. nur BGHZ 90, 269, 272 mwN.; MünchKomm/Möschel, § 419, 1; ebenso für § 25 HGB GroßKomm/Hüffer, § 25, 50 mwN. auch zu – hier nicht relevanten – Gegenansichten.

<sup>103</sup> Es geht daher nicht – wie *Lutter*, AcP 164, 160 Fn. 129 meint – darum, daß der Erwerber kraft eigenen Rechts Eigentümer geworden sei. Die Pflicht des Veräußerers wird dadurch nicht tangiert und trifft nunmehr gemäß § 419 BGB den Übernehmer.

<sup>104</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 70.

<sup>105</sup> Die Privilegierung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses steht – wie schon erwähnt – nicht entgegen; die Sache selbst oder ihren Wert sich anzueignen, reicht gutgläubiger Besitz nicht aus; vgl. statt aller *Staudinger/Gursky*, vor §§ 987 ff., 20.

<sup>106</sup> So aber RG Gruchot 47, 663, 667; AK/L. v. Schweinitz, §§ 892 f., 47; RGRK/Augustin, § 892, 37; MünchKomm/Wacke, § 892, 36; *Staudinger/Gursky*, § 892, 64; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 d = S. 270; *Wolff/Raiser*, § 45 I 3b; *v. Tuhr*, II 1 S. 166; *Jauernig/Schlechtriem*, §§ 1416–1419, 2b; *Erman/Heckelmann*, § 1416, 5; *Soergel/Gaul*, § 1416, 5; *Staudinger/W. Thiele/B. Thiele*, § 1416, 17; *Dölle*, Familienrecht I § 67 I 1 a = S. 877; *Gernhuber*, Familienrecht § 38 III 2 = S. 547; a. A. *Rosenberg*, § 892 II 3b = S. 415.

Geschäft zu gelten habe. Während der Gütergemeinschaft haftet das Gesamtgut; nach der Auseinandersetzung ist gemäß § 1480 BGB der übernehmende Ehegatte zur Herausgabe verpflichtet. Die Vorschrift korrigiert obendrein redlichen Erwerb, der erst durch die Auflösung vermittelt wird und dessen rechtsgeschäftlicher Charakter ebenso wenig zu ignorieren ist wie seine Entgeltlichkeit.<sup>107</sup>

b) Die Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers von Todes wegen

Doch sah sich die h.M. bislang nicht daran gehindert, den Erwerber ungeachtet des Umstandes, daß er durch Universalsukzession – etwa durch Nachfolge von Todes wegen – später in die Pflichten seines Partners als seines Erblassers eintrat, gegen Herausgabeansprüche des früheren Eigentümers abzuschirmen.<sup>108</sup> Sie konzentriert sich dabei zur Gänze auf die dingliche Rechtslage, für die ihr im Ergebnis schon deshalb schwer die Gefolgschaft verweigert werden kann, weil eine – gar rückwirkende – Änderung mit dem Postulat der Rechtssicherheit kaum in Einklang zu bringen wäre, sie glaubt indes darüber hinaus, sich um die – teilweise immerhin erwogenen<sup>109</sup> – schuldrechtlichen Rückgabeansprüche nicht im mindesten kümmern zu müssen. Damit setzt sie sich über den maßgeblichen Aspekt hinweg. Der Erwerber ist zweifelsohne (zunächst) privilegiert, ohne daß damit die Beziehung zwischen dem Alteigentümer und dem Verfügenden beeinflusst wird. Dem ehemals Berechtigten gegenüber ist und bleibt die Veräußerung eine Usurpation fremden Rechts, die, da nicht durch einen Rechtsgrund gedeckt, wo nur möglich rückabgewickelt bzw. kompensiert werden muß. Sobald und soweit diese Pflicht auf den Erwerber übergegangen ist, läßt sich der Anspruch des früheren Eigentümers, mag er auch als obligatorisches Recht die dingliche Lage nicht von selbst modifizieren,<sup>110</sup> wieder durchsetzen.

Dies wirkt sich namentlich bei der sogenannten vorweggenommenen Erbfolge aus. Dort läßt sich wegen der zunächst noch offenen Frage, ob der Empfänger zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich Gesamtrechtsnachfolger wird, nicht schon der redliche Erwerb als solcher leugnen. Der Schutz würde indes überstrapaziert, sollte der Begünstigte, obgleich nunmehr als Erbe seines früheren Vertragspartners gehalten, die gegen diesen gerichteten Ansprüche zu erfüllen, die redlich erworbene Sache nicht herauszugeben haben.<sup>111</sup> Natürlich entsteht die Pflicht erst, sobald der Erbe

<sup>107</sup> Die h.M. würde hier (wohl) das Verkehrsgeschäft verneinen; vgl. die Erörterungen bei *Staudinger/Gursky*, § 892, 64 für den Parallellfall der Auflösung einer Erbengemeinschaft.

<sup>108</sup> So z.B. RG DR 1908 Nr. 2670; Gruchot 41, 958, 963; 63, 483, 485; *Soergel/Baur*, § 892, 48; MünchKomm/Wacke, § 892, 74 Fn. 173; *ders.*, NJW 1981, 1578; *Staudinger/Gursky*, § 892, 187; a.A. ohne Begründung *Schellen*, Konfusion S. 192.

<sup>109</sup> RG DR 1908 Nr. 2670; *Rosenberg*, § 892 II 3b = S. 415; *Reinhard*, JW 1929, 735. Tritt der Erwerber sogleich in die Verpflichtungen des Veräußerers ein, so wollen RG DR 1909 Nr. 269 und *Turnau/Förster*, I § 892 I 3 schon den redlichen Erwerb verneinen (ablehnend dazu *Rosenberg*, § 892 II 3b = S. 415); *Turnau/Förster*, I aaO. halten den Erwerb dagegen für endgültig, wenn der Erwerber erst später die Verpflichtungen des Veräußerers übernimmt.

<sup>110</sup> So *Rosenberg*, § 892 II 3b = S. 415.

<sup>111</sup> Spätestens an dieser Klippe scheitert dauerhafter redlicher Erwerb des Erben aufgrund einer letztwilligen Verfügung bzw. des Miterben nach Auflösung der Erbengemeinschaft (vgl.

unbeschränkt haftet. Daß er in der Zwischenzeit aufgrund der durch den redlichen Erwerb erhaltenen dinglichen Berechtigung unbehellig verfügen kann, ist hinzunehmen: Der Rückgabebanspruch erwächst ex nunc erst durch die Gesamtrechtsnachfolge und mit Eintritt der unbeschränkten Haftung, während vorher fraglich ist, ob er tatsächlich entstehen wird.

c) Die Haftung des vormerkungsberechtigten Gesamtrechtsnachfolgers

Von der Haftung des Erwerbers für die Verbindlichkeiten des Erblassers bzw. dem Wiederaufleben der Pflicht zur Naturalrestitution durch die Beerbung des redlichen Erwerbers ist es nur ein kleiner Schritt zu der der Veräußerung vorgelagerten Stufe: Der Erblasser, dem das verkaufte Grundstück nicht gehörte, hatte seinem Vertragspartner und späteren Erben bislang lediglich eine Vormerkung bewilligt, die dieser kraft guten Glaubens erwarb.

(1) Wenn der BGH hier den Kaufvertrag aufgrund einer Konfusion für erloschen erklärt, womit auch die Vormerkung untergehe,<sup>112</sup> so kaschiert diese Lösung nur mühsam den Bruch mit den ansonsten verfochtenen Dogmen der h.M. Antizipiert die Vormerkung das Vollrecht,<sup>113</sup> das bei Gesamtrechtsnachfolge des Erwerbers nach dem Veräußerer wie für den umgekehrten Fall vor dem Zugriff des früheren Eigentümers abgeschottet sein soll, so wäre es, wie auch die Kritiker des BGH betonen,<sup>114</sup> nur schlüssig, daß sich der frühere Eigentümer ungeachtet konstruktiver Schwierigkeiten<sup>115</sup> mit dem Ersatz des Wertes zu bescheiden hätte.

Mit Aufgabe der Prämisse wird auch dem Vorwurf der Inkonsequenz der Boden entzogen. Genausowenig wie ein bereits vollendeter Erwerb garantiert, daß der Begünstigte den Gegenstand behalten darf, sobald er in die Verbindlichkeiten seines Partners eintritt, genauso wenig hilft ihm eine Vormerkung. Die Rückgabepflicht hängt von vornherein nicht davon ab, bis zu welchem Zeitpunkt der Erwerber redlich war, sondern folgt ohne weiteres aus der Haftung für die Schulden des Rechtsvorgängers bzw. der durch die Vereinigung der beiden Vermögensmassen eröffneten Fähigkeit und Pflicht, die Sache als solche dem ehemals Berechtigten zurückzugeben. Weder der Nichtberechtigte noch sein Rechtsnachfolger, der in dieser Eigenschaft auch die Passiva übernimmt, können sich auf einen Rechtsgrund

---

dazu schon oben § 6 V 4 a, 7 c (3)). Selbst wenn man den Verkehrsschutz bejahen wollte, so ist der Empfänger nach §§ 1967, 2058 BGB zur Rückgabe verpflichtet, jedenfalls soweit er unbeschränkt haftet (vgl. auch *Knur*, Erwerb S. 36).

<sup>112</sup> BGH NJW 1981, 447, 448; zustimmend *Palandt/Bassenge*, § 886, 1 b bb; *Staudinger/Gursky*, § 889, 3; *Schwab*, Sachenrecht § 15 VI 3; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 353; *Schellen*, Konfusion S. 183 ff.; *Ebel*, NJW 1982, 728; im Ergebnis auch *Staudinger/Ertl*, vor § 873, 34.

<sup>113</sup> Vgl. dazu oben § 5 IV 3.

<sup>114</sup> Vgl. z. B. MünchKomm/Wacke, § 886, 6; *ders.*, NJW 1981, 1578, 1579; wohl auch *Gernhuber*, Erfüllung § 19, 6 b = S. 392; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 554 a.

<sup>115</sup> Vgl. dazu etwa *Wacke*, NJW 1981, 1579, der – speziell für diesen Fall – die Konfusion als Erfüllungssurrogat begreifen will; vgl. ferner den Überblick bei *Schellen*, Konfusion S. 93, der selbst von einem Ruhen des Schuldverhältnisses ausgeht; *Gernhuber*, Erfüllung § 19, 3 = S. 386 ff.; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 353, der deswegen die Lösung *Wackes* verwirft.



stützen, der sie dem früheren Eigentümer gegenüber als die besser Legitimierten ausweise. Wer das leugnet und sich dabei auf die h. M. zum Rückerwerb des Nichtberechtigten beruft, weil in der Erbschaft ein neuer Erwerbsgrund und nicht nur die Abwicklung des früheren Geschäfts liege,<sup>116</sup> entlarvt nur ein weiteres Mal die Brüchigkeit einer h. M., die den Schutz des früheren Eigentümers allzusehr beschneidet. Ganz abgesehen davon, daß der Rechtsgrund zwischen den beiden Beteiligten nicht auf das Verhältnis zum ehemals Berechtigten ausstrahlt, eröffnete man dem Erben Manipulationsmöglichkeiten zu Lasten des früher Berechtigten. So hätte er es nach einer – hier als berechtigt unterstellten – Mängelgewährleistungsrüge noch zu Lebzeiten des Partners in der Hand, auf die Wandelung zu verzichten, kurz bevor der Erbfall eintritt, und so – folgt man der h. M. – den Rückerwerb des ehemaligen Eigentümers zu torpedieren.

Auch von den übrigen Argumenten der Gegenansicht bleibt wenig: Daß § 892 Abs. 2 BGB den für die Redlichkeit relevanten Zeitpunkt nach vorne verlegt,<sup>117</sup> bedarf keiner näheren Begründung, ist indes für die Rückgabepflicht, die ja nicht auf der Unredlichkeit des Erwerbers beruht, gleichermaßen belanglos wie der Hinweis auf die Parallele zur bedingten Verfügung.<sup>118</sup> Der Augenblick des Erbfalls<sup>119</sup> hat seine Bedeutung verloren. Die Vormerkung mit Blick auf das Sicherungsbedürfnis des Erwerbers in Analogie zu den §§ 1063 Abs. 2, 1256 Abs. 2 BGB als fortdauernd zu fingieren<sup>120</sup> setzt das rechtliche Interesse des Begünstigten stillschweigend voraus, anstatt es zu belegen, und bleibt die Antwort schuldig, auf welches bessere Recht sich der Erwerber als Rechtsnachfolger des Verfügenden dem Eigentümer gegenüber soll stützen können.

(2) Natürlich setzt der Anspruch des früheren Eigentümers die unbeschränkte Haftung des Erben voraus. Wo sie (noch) nicht eingetreten ist, braucht er sich nicht damit abzufinden, daß ein Nachlaßgläubiger – und nichts anderes ist der frühere Eigentümer, wenn der Erblasser als Nichtberechtigter verfügt hatte – gegen sein, des Erben Vermögen Ansprüche stellt. Mit Wegfall der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung verschmelzen die beiden Massen; dem Erben steht kein Mittel mehr zu Gebote, die Nachlaßgläubiger von dem ursprünglichen Eigenvermögen fernzuhalten. Wer demgegenüber das Vermögen für jederzeit wieder trennbar hält, das vom Erblasser übergegangene als eine auf Null geschrumpfte Gesamthand ausgibt,<sup>121</sup> mißachtet die Vereinigung der Güter, die mit derjenigen der Schulden notwendig gekoppelt ist.<sup>122</sup> Daß die Trennung – und sei es auch nur ideell – weiterwirke, ist eine durch nichts zu beweisende Fiktion, die in der Behauptung gipfeln muß, sogar dem nichtberechtigten Veräußerer komme der redliche Erwerb zugute, wenn sein

<sup>116</sup> *Wacke*, NJW 1981, 1580; vgl. hierzu schon oben § 6 II 1 b a. E.

<sup>117</sup> *Wacke*, NJW 1981, 1578.

<sup>118</sup> *Wacke*, NJW 1981, 1578.

<sup>119</sup> Mit dessen angeblicher Relevanz *Wacke*, NJW 1981, 1577 ff. durchgängig argumentiert.

<sup>120</sup> MünchKomm/*Wacke*, § 886, 6.

<sup>121</sup> *Wacke*, NJW 1981, 1580.

<sup>122</sup> So auch *Schellen*, Konfusion S. 190.

Partner nach Bewilligung der Vormerkung, aber vor Perfektionierung der Verfügung sterbe und ihn zum Erben eingesetzt habe<sup>123</sup> – ein Ergebnis, das der anhalten- den schuldrechtlichen Zuweisung des Eigentums und dem Sinn des Verkehrsschut- zes diametral zuwiderläuft. Die §§ 892 f., 932 ff. BGB haben doch nicht das Ziel, den Nichtberechtigten auf Kosten des Eigentümers zu begünstigen.

In der Miterbengemeinschaft beschränkt sich die Verpflichtung bis zur Teilung auf den Nachlaß. Daß demgemäß die Stellung des Erben eine Rolle spielt, ist keine sachwidrige Differenzierung,<sup>124</sup> sondern systemimmanent. Der Miterbe ist nach § 2059 BGB bis zur Teilung nicht verpflichtet, eigenes Vermögen einzusetzen. Das vordem vom Erblasser redlich erworbene Gut ist so lange dem Zugriff des früheren Eigentümers entzogen, bis der Miterbe nach der Auseinandersetzung unbeschränkt haftet.

(3) Hat nicht ein Buchberechtigter, sondern der wahre Eigentümer die Vormer- kung bewilligt, später das Grundstück jedoch an einen Dritten übereignet, dann ist der dritte Erwerber hinreichend gegen die Ansprüche des Vormerkungsberechtigten abgesichert, sobald dieser seinen Partner beerbt hat und für seine Verbindlichkeiten unbeschränkt und unbeschränkbar haftet. Der Zwischenerwerber kann nicht nur dem Erben seinen Anspruch aus § 433 BGB replizieren,<sup>125</sup> nach § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 3 BGB analog<sup>126</sup> konvalesziert obendrein die dem Vormerkungsberechtigten gegenüber relativ unwirksame Verfügung des Erblassers.<sup>127</sup> Die Grundbuchberich- tigung zugunsten des Eigentümers läuft im großen und ganzen einer solchen Zwi- schenverfügung parallel,<sup>128</sup> was das Resultat des BGH erneut mit teleologischen Argumenten untermauert. Versagt die Vormerkung immer dann ihren Dienst, wenn der Begünstigte seinen Partner beerbt, nachdem dieser eine vormerkungswidrige Verfügung getroffen hat, so kann das nicht anders sein, wenn im Vergleichsfall eines vorangegangenen redlichen Erwerbs der Vormerkung der Eigentümer die Korrek- tur des Grundbuchs erzwungen hat. Man gewinnt eine über die Grundsätze der

<sup>123</sup> Wacke, NJW 1981, 1580.

<sup>124</sup> So aber Wacke, NJW 1981, 1578.

<sup>125</sup> Ebel, NJW 1982, 727 f.

<sup>126</sup> Daß die Norm analog auch bei lediglich relativ unwirksamen Verfügungen gilt, ist im Ergebnis unbestritten; vgl. etwa RGZ 110, 94, 95; 154, 355, 367; Palandt/Heinrichs, § 185, 1 c ee; Erman/Brox, § 185, 3; MünchKomm/Thiele, § 185, 14; Soergel/Leptien, § 185, 20 mN.; RGRK/Steffen, § 185, 2; Staudinger/Dilcher, § 185, 6; Wacke, NJW 1981, 1580; Ebel, NJW 1982, 725.

<sup>127</sup> Ebel, NJW 1982, 725 ff. mit umfangr. Nachw. zur Problematik der unbeschränkten Haftung; im Ergebnis auch Wacke, NJW 1981, 1580 f., der über dem Problem der Zession der vorgemerkten Forderung, bei der die Konvaleszierung ausgeschlossen ist, den Normalfall vernachlässigt, für den das Gegenteil gilt.

<sup>128</sup> Vgl. dazu oben § 5 IV 3 b. – Nicht stichhaltig ist es, wenn Schellen, Konfusion S. 191 speziell den Vormerkungsinhaber deswegen nicht schützen will, weil die Rechtsordnung zwi- schen den Interessen des Berechtigten und denen des Erwerbers abgrenzen müsse und dem Eigentümer gegenüber dem Erben, der sich für den Eintritt in die Rechtsstellung des Erblas- sers entscheide, den Vorzug gebe. Die fehlende Absicherung des Gesamtrechtsnachfolgers ist kein Spezifikum der Vormerkung, sondern gilt allgemein.

Konfusion – bei der ja immer erst darzutun ist, daß und warum nicht übergeordnete Interessen ihre Regelwirkung ausschließen<sup>129</sup> – hinausführende Absicherung. Gegenüber dem Bewilligungsanspruch des Vormerkungsberechtigten kann sich der Eigentümer zum einen auf § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 3 BGB berufen, zum anderen, in strikter Parallele zum Verschaffungsanspruch des vormerkungswidrigen Erwerbers, auf die Rückgabeforderung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB.<sup>130</sup>

Das einheitliche Modell ist damit vorgezeichnet. Wer mit der Vormerkung das dingliche Recht antizipiert, muß umgekehrt die Konsequenzen auch für das Eigentum ziehen. Kann die Vormerkung durch den Eigentümer zu Fall gebracht werden, sobald der redliche Erwerber die Schulden des Bewilligenden übernommen hat, dann führt man die dort maßgebende Wertung nur konsequent fort, wenn man dem ehemals Berechtigten den Rückgewähranspruch unabhängig davon konzediert, ob die durch die Vormerkung gesicherte Eigentumsübertragung schon perfekt war oder noch kurz vorher abgefangen wird.

(4) Der Gehalt einer restriktiven Interpretation des Instituts der Konfusion – Erfüllungssurrogat statt anspruchsvernichtender Wirkung<sup>131</sup> – reduziert sich damit auf die letztendlich irrelevante Dezision, ob der Erwerb bereits auf der dinglichen Ebene scheitert oder der (frühere) Eigentümer darauf verwiesen ist, die Verfügung schuldrechtlich rückabzuwickeln. Die auf die Konstruktion zurückgeschnittenen Differenzen – auch bei der schuldrechtlichen Lösung genießt der Berechtigte Sukzessions- und Vollstreckungsschutz<sup>132</sup> – raten zu einer gesetzestreuen Lösung: Haftet der Erbe unbeschränkt und unbeschränkbar, dann, aber nur dann, erlischt kraft Konfusion die Forderung; ihr Untergang macht die Vormerkung gegenstandslos.

#### d) Die Konsequenzen der Haftungsbeschränkung

Dem Gesamtrechtsnachfolger stehen diverse Möglichkeiten zur Disposition, seine Verpflichtung zu beschränken. Nach der Anordnung von Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Konkurses haftet nur noch die ererbte Masse für die Nachlaßverbindlichkeiten. Damit erlischt mangels Konfusion der vorgemerkte Anspruch und damit die Vormerkung selbst nicht,<sup>133</sup> der Erwerber hat im gleichen Moment keine Eingriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB mehr zu gewärtigen.<sup>134</sup> Haftet dem ehemaligen Eigentümer nur der Nachlaß, so nützt ihm ein Anspruch auf Naturalrestitution nichts, wenn sich der redlich erworbene Gegenstand im Eigen-

<sup>129</sup> Vgl. nur die Auflistung bei *Gernhuber*, Erfüllung § 19, 3ff. = S. 389ff.; speziell zum vorliegenden Problem § 19, 6b = S. 392.

<sup>130</sup> Das ergibt sich wiederum aus den allgemeinen Grundsätzen; vgl. oben § 6 II 1 c; ebenso, wenigstens ohne Begründung, *Schellen*, Konfusion S. 193.

<sup>131</sup> *Wacke*, NJW 1981, 1579; vgl. ferner Fn. 115.

<sup>132</sup> Vgl. dazu unten § 6 III.

<sup>133</sup> Darauf beschränken sich *Wacke*, NJW 1981, 1578; *Ebel*, NJW 1982, 728.

<sup>134</sup> Eine Ausnahme gilt, wenn trotz der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses der Erbe schon unbeschränkbar haftet; vgl. hierzu statt aller *Staudinger/Marotzke*, § 1976, 3 mwN.

vermögen des Erben befindet. Umgekehrt kann er nur auf dieses zugreifen, soweit der Erbe als Nichtberechtigter verfügt, der Erblasser aber redlich erworben hatte.

Mit Hilfe der Dürftigkeitseinrede des § 1990 BGB ist der Erbe in der Lage, den vormals Berechtigten auf den Nachlaß zu beschränken und sein Eigenvermögen der Haftung zu entziehen. Ob er spiegelbildlich seine Eigengläubiger vom Nachlaß fernhalten kann, ist bekanntlich umstritten,<sup>135</sup> dürfte aber zu bejahen sein: Es gibt keinen Grund, einerseits die Nachlaßgläubiger auf die Erbmasse zu beschränken, den Eigengläubigern des Erben andererseits die Vollstreckungsmöglichkeit einzuräumen und ihre Konkurrenten mit einem regelmäßig wertlosen Bereicherungsanspruch gegen den Erben abzuspeisen.<sup>136</sup> Obgleich § 419 BGB auf § 1990 BGB verweist, laufen die Ergebnisse nicht parallel. Im übernommenen Vermögen als dem Zugriffsobjekt befindet sich der redlich erworbene Gegenstand. Seine Herausgabe verweigern kann der Übernehmer nur, soweit er sich aufgrund nicht direkt aus dem Geschäft resultierender Ansprüche vorweg befriedigen darf.<sup>137</sup>

### III. Der Vollstreckungs- und Sukzessionsschutz

Der obligatorische Anspruch aus den §§ 816 Abs. 1 S. 2 bzw. 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB fruchtet für sich allein genommen gerade in denjenigen Fällen wenig, in denen – und das sind regelmäßig die pathologischen – der Schuldner an Dritte verfügt oder seine Gläubiger in den Gegenstand vollstrecken, bevor es dem ehemaligen Eigentümer gelungen war, seine Forderung zu realisieren.<sup>138</sup> Sich damit zufrieden zu geben, weil die Interessen des früher Berechtigten durch den redlichen Erwerb auf Dauer hintangesetzt seien, und er, der sich mit endgültigem Verlust habe abfinden müssen, schon die schuldrechtliche Forderung einem gnädigen Zufall verdanke,<sup>139</sup> wäre zwar als Reaktion verständlich: Mehr als Appelle, an den Schwach-

<sup>135</sup> Bejahend *Erman/Schlüter*, § 1990, 9; *Soergel/Stein*, § 1990, 9; *Lange/Kuchinke*, § 51 III 5e; *Brox*, *Erbrecht* Rdn. 683; verneinend *MünchKomm/Siegmann*, § 1990, 7; *Staudinger/Marotzke*, § 1990, 28; *Kipp/Coing*, § 99 III 3.

<sup>136</sup> So insbesondere *Erman/Schlüter*, § 1990, 9; *Soergel/Stein*, § 1990, 9; eingeräumt auch von *MünchKomm/Siegmann*, § 1990, 7. Daß die Kosten eine Nachlaßverwaltung als untonlich erscheinen ließen, ist noch lange kein Grund, die Nachlaßgläubiger auch noch zugunsten der Eigengläubiger hintanzustellen (so aber *Staudinger/Marotzke*, § 1990, 28).

<sup>137</sup> Er steht insoweit einem titulierten Gläubiger gleich; vgl. statt aller *MünchKomm/Möschel*, § 419, 46 mwN. Ungeklärt ist, ob er sich den redlich erworbenen Gegenstand zur Vorwegbefriedigung aussuchen kann, wenn mehrere zur Verfügung stehen. Dies wird man zu verneinen haben: Genügt der Rest, so geht das Restitutionsinteresse des ehemaligen Eigentümers vor.

<sup>138</sup> Das Risiko des Untergangs der Sache läßt sich mittels einer restriktiven Interpretation des § 818 Abs. 3 BGB in den Griff bekommen, wie ja auch die h.M. durch ihren Vorschlag den Eigentümer nicht vor solchen Gefahren abschirmen kann.

<sup>139</sup> RGRK/*Pikart*, § 932, 35; *Staudinger/Gursky*, § 892, 190; ähnlich wohl *MünchKomm/Quack*, § 932, 64: Der Eigentümer, der um den Verbleib der Sache wisse, könne sich sogleich mittels einer einstweiligen Verfügung schützen; wenn er nicht informiert sei, nütze ihm ja auch

stellen wie eben dem Konkurs oder der Zwangsvollstreckung zu korrigieren, hat bislang auch die Gesetzestreue für sich reklamierende Mindermeinung<sup>140</sup> nicht zuwege gebracht.<sup>141</sup> Daß aber weder das eine noch das andere genügt, zeigt einmal mehr der Hinweis auf die Schenkung. Ihre Rückabwicklung ist für den früheren Eigentümer nicht nur unverdientes Glück; wer ihm den Schutz vor dritten Gläubigern versagt, schwächt seine Position in entscheidenden Komponenten, ohne dies durch die Interessenlage motivieren zu können.

### 1. Das Modell des § 1007 BGB

Dabei ist die (partielle) Verdinglichung obligatorischer Rechte und der damit indizierte Vollstreckungs- und Sukzessionsschutz<sup>142</sup> kein dem BGB fremdes oder ihm gar widersprechendes Phänomen. Die Palette möglicher Anwendungsfälle reicht mit Nuancen im Detail von der Vormerkung über die Kommission bis hin zur Stellung des Treugebers bei der Vollrechtstreuhand.<sup>143</sup> Freilich will die Möglichkeit allein noch nichts über die Berechtigung besagen.

Modell einer auf einer früheren, gegen den Willen des Inhabers entzogenen Position beruhenden, sich auch gegenüber Dritten durchsetzenden Berechtigung ist § 1007 BGB. Bei aller dogmatischen Dunkelheit der Norm dürfte eine Funktion unangefochten sein: Dem ehemaligen Besitzer, der (unfreiwillig) seine Stellung eingebüßt hat, für den also nach wie vor der Zuweisungsgehalt gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB<sup>144</sup> spricht, gewährt sie mit Modifikationen im einzelnen die Befugnis, die

---

der Behelf etwa des § 771 ZPO nichts. Das stimmt schon dann nicht, wenn der Eigentümer erst zwischen Pfändung und Verwertung Bescheid bekommt, da ihn der schuldrechtliche Anspruch allein nicht zur Intervention befähigt, vor allem aber nicht bei Verfügungen des Schuldners an bösgläubige Dritte.

<sup>140</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 10.

<sup>141</sup> Vgl. etwa *Wiegand*, JuS 1971, 65; *Stoevesandt*, Rückerwerb S. 69f. und *Krapp*, Rück-erwerb S. 119f. nehmen ein Interventionsrecht ohne gesetzliche Grundlage an; ablehnend hierzu *Nußgens*, Rückerwerb S. 30f. *Biller*, Rückerwerb S. 52f. will bei mittelbar bösgläubigem Erwerb mit der Arglistrede helfen, die auch Gläubigern des ehemals Nichtberechtigten gegenüber erhoben werden könne. Es liege eine zwar nur obligatorische, aber doch außergewöhnliche Beschränkung des Eigentums vor. Die Konstruktion – ohnedies gewagt – gewährt keinen Sukzessionsschutz.

<sup>142</sup> Vgl. zu diesen Voraussetzungen der Absolutheit als Kriterien der Dinglichkeit z.B. *Larenz*, AT § 13 III; *Westermann*, § 2 II 3; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 373f.

<sup>143</sup> Vgl. vorläufig *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 381 ff.

<sup>144</sup> Auch das Recht zum Besitz ist dem Inhaber zugewiesen, mit der Folge, daß er die Wiederherstellung des alten Zustands über § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB verlangen kann; vgl. z.B. BGH NJW 1987, 771, 772; *Soergel/Mühl*, § 812, 140; *Baur*, § 9 V 2; v. *Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 349 Fn. 59; *Medicus*, AcP 165, 138; *Lopau*, JuS 1980, 505; *Kurz*, Besitz S. 42 ff.; *Rümker*, Eingriffskondiktion S. 82f.; *Schlechtriem*, JZ 1988, 859; wohl auch *Staudinger/Lorenz*, § 812, 72; *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 7; *Koppensteiner/Kramer*, S. 80; darauf beruht im Ergebnis auch BGH NJW 1979, 2034, 2035 f.; a. A. *Wilburg*, Die Lehre S. 37 ff., insbesondere S. 39f., der § 1007 BGB für eine ausreichende, die Eingriffskondiktion verdrängende Sonderregel hält. – Das gilt jedenfalls für die Zuweisung des Rechts zum Besitz als solchem, mag für spezielle Besitzschutzansprüche sowie Folgerechte aus der Verletzung

Sache vom jetzigen Besitzer herauszuverlangen.<sup>145</sup> Eine frühere Berechtigung taugt also durchaus als Grundlage für die Verdinglichung eines ansonsten nur relativ wirkenden Anspruchs.<sup>146</sup>

a) Der Zuweisungsgehalt des verlorenen Rechts

Seiner Struktur nach korrespondiert § 1007 BGB eng dem § 985 BGB,<sup>147</sup> mit einer allerdings signifikanten und, wie sich zeigen wird, folgeschweren Ausnahme: Der Anspruch aus § 985 BGB erlischt mit Untergang der dinglichen Berechtigung, insbesondere also mit redlichem Erwerb eines Dritten, während § 1007 BGB als eine Forderung aus ehemaligem berechtigten<sup>148</sup> Besitz auch dem fortwirkenden Zuwei-

---

anders sein. Ebenso lassen sich Unterschiede feststellen, wenn kein Recht zum Besitz bestand; vgl. etwa *Lopau*, JuS 1980, 505.

<sup>145</sup> So mit etwas wechselnden, der Sache nach jedoch gleichbedeutenden Formulierungen BGHZ 7, 208, 217; StudK/M. Wolf, § 1007, 1; AK/Kohl, § 1007, 1; *Soergel/Mühl*, § 1007, 1; *Staudinger/Gursky*, § 1007, 1; *Heck*, Sachenrecht § 34, 1; *Weitnauer*, Festschrift für Larenz II S. 710; O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 50; so auch schon die Prot. III 383 = 4055 = Mugdan III 699. Übersicht über die verschiedenen, hier nicht näher zu verfolgenden Erklärungsmodelle bei Hörer, Besitzrechtsklage S. 32 ff.; Koch, § 1007 BGB S. 74 ff. Ob man seinem Vorschlag folgend § 1007 BGB als eingeschränkt-absolut dingliches Recht bezeichnet (z. B. aaO. S. 66, 69 ff.), ist ein Problem der Nomenklatur. – Einen neuen – stark historisch ausgerichteten – Interpretationsversuch hat unlängst S. Weber, § 1007 BGB vorgelegt. Er versteht § 1007 BGB als Verstärkung der Vindikation nach § 985 BGB. Einwendungen gegen den Eigentumserwerb des Anspruchstellers könne, abgesehen von der Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb, der Anspruchsgegner nicht erheben (S. 62 ff., 71 f.). Der (gutgläubige) Fremdbesitzer dürfe den Anspruch in gesetzlicher Prozessstandschaft geltend machen (S. 67 ff.). Doch ändert das nichts an den hier zu untersuchenden Aspekten: § 1007 BGB, den auch S. Weber (§ 1007 BGB S. 73) als materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage begreift, verdinglicht (partiell) den obligatorischen Anspruch gegen den jetzigen Besitzer. Der Modellcharakter des § 1007 BGB für das Recht aus früherem Eigentum wird damit nicht angetastet.

<sup>146</sup> *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 398 f.; *Dulkeit*, Verdinglichung S. 14; durchgängig für § 1007 BGB Koch, § 1007 BGB, etwa S. 91 Fn. 78, 144 Fn. 20; a. A. *Diederichsen*, Besitz S. 64 mit dem Argument, § 1007 BGB sei auch als reine Besitzschutzklage denkbar. Das will für die Wirkung Dritten gegenüber nichts besagen; auch die reine Besitzschutzklage des § 861 BGB wirkt, wie § 858 Abs. 2 BGB klarstellt, zu Lasten des Rechtsnachfolgers des fehlerhaften Besitzers.

<sup>147</sup> Koch, § 1007 BGB S. 71. – Insbesondere enthält die Norm nicht zwei Anspruchsgrundlagen, wie gemeinhin angenommen wird – eine gegen den bösgläubigen Besitzer, eine bei abhanden gekommenen Sachen (so indes MünchKomm/Medicus, § 1007, 9 f.; *Staudinger/Gursky*, § 1007, 7 ff. bzw. 20 ff.) –, sondern nur eine, nämlich die Forderung aus früherem berechtigten Besitz. Dabei gewährt auch guter Glaube an das Recht die Aktivlegitimation. Der jetzige Inhaber kann replizieren, er habe redlich erworben; die Einwendung verhilft ihm bei abhanden gekommenen Sachen regelmäßig nicht zum Ziel, soweit nicht eine der Unterabnahmen vorliegt. Daneben eröffnet auch das bessere Recht nach § 1007 Abs. 3 S. 1 BGB, das mit der Erwähnung des Eigentums in § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB nochmals akzentuiert ist, eine Einwendung. Der Aufbau läuft damit völlig parallel zu § 985 BGB und dessen Einwendungen aus den §§ 932 ff. bzw. 986 BGB; vgl. dazu auch Koch, § 1007 BGB S. 134 f.

<sup>148</sup> So *Westermann*, § 35 I 2 a; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 398 f.; *Wieling*, Festschrift für v. Lübtow II S. 584; *Dulkeit*, Verdinglichung S. 13; Hörer, Besitzrechtsklage S. 88; a. A. *Staudinger/Gursky*, § 1007, 1; *Weitnauer*, Festschrift für Larenz II S. 711; *Diederichsen*, Besitz

sungsgehalt Rechnung trägt. Nicht nur die dingliche Lage gibt – wie bei § 985 BGB – den Ausschlag, sondern auch die relative Berechtigung zwischen dem Anspruchsteller und dem Verpflichteten.

#### b) Der Begriff der Besitzaufgabe

Daß § 1007 BGB nicht weiterhilft, wenn der ehemalige Besitzer seinen Besitz freiwillig weggegeben hat, versteht sich auch ohne die ausdrückliche Direktive des § 1007 Abs. 3 S. 1 Fall 2 BGB nahezu von selbst. Es ist nicht Aufgabe der Vorschrift, bloße Ansprüche aus einer Leistungskondition zu privilegieren. Nicht ohne weiteres ist aus ihr dagegen zu erschließen, ob es dem mittelbaren Besitzer zur Last fällt, wenn der unmittelbare seinem Willen zuwidergehandelt hat. Wer den Akzent nur auf die Entschließung des unmittelbaren Besitzers legt,<sup>149</sup> entkleidet § 1007 Abs. 3 S. 1 Fall 2 BGB weitestgehend seines Anwendungsbereichs, indem er die Aufgabe des Besitzes und das Abhandenkommen zu Komplementärbegriffen einebnet: Nur abhanden gekommener Besitz ist nicht aufgegeben. Wesentlich näher liegt es demzufolge, dem Oberbesitzer das Handeln des Besitzmittlers nicht zuzurechnen. Der Besitz ist nicht iS. des § 1007 Abs. 3 S. 1 Fall 2 BGB aufgegeben, wenn der unmittelbare Besitzer durch seine Verhaltensweise die Absicht des mittelbaren unterlaufen hat.<sup>150</sup>

### 2. Die analoge Anwendung

Das Paradigma der Absicherung obligatorischer Ansprüche aus ehemaligem Recht läßt sich vom Besitz auf das Eigentum erweitern. Ist schon ein Besitzer privilegiert, der seine Position später durch eine Intervention Dritter eingebüßt hat, so auch, ja erst recht, der vormalige Eigentümer.

#### a) Das Charakteristikum der Restitutionsansprüche aus ehemaliger dinglicher Berechtigung

Die Rechte aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB wie auch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB zeichnen sich durch ein gemeinsames Spezifikum aus. Sie bezwecken, die dem Eigentümer verlorengegangene dingliche Position zu restituieren, sei es nach redlichem Erwerb aufgrund einer unentgeltlichen Verfügung – wozu auch all das gehört,

---

S. 62f.; O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 58. – Nur für ein wenigstens relatives Recht, nicht für eine Tatsache kann es auf den in § 1007 Abs. 3 S. 1 Fall 1 BGB normierten guten Glauben ankommen; vgl. Canaris, Festschrift für Flume I S. 398; auch Staudinger/Gursky, § 1007, 9 untersucht das tatsächliche bzw. vermeintliche Recht zum Besitz.

<sup>149</sup> O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 60; Oberländer, Eigentumserwerb S. 60; weitere Nachw. bei Staudinger/Gursky, § 1007, 11.

<sup>150</sup> So die h. M.; vgl. etwa Planck/Brodmann, § 1007, 3b; Soergel/Mühl, § 1007, 5; Münch-Komm/Medicus, § 1007, 6; RGRK/Pikart, § 1007, 27; Staudinger/Gursky, § 1007, 11; Wolff/Raiser, § 23 I 2; Westermann, § 35 II 3; O. Gierke, Deutsches Privatrecht II § 116 Fn. 71 wendet sich nur dagegen, in Fällen der Veruntreuung durch den unmittelbaren Besitzer Abhandenkommen zu bejahen.

was die h. M. fälschlich unter den Begriff des fehlenden Verkehrsgeschäfts subsumiert –, sei es bei fortwirkender obligatorischer Zuordnung der dinglichen Position nach Rückerwerb des Nichtberechtigten bzw. bei Rechtsnachfolge des redlichen Erwerbers in die schuldrechtlichen Verpflichtungen seines Partners.<sup>151</sup>

Mit dinglicher Position sind in diesem Zusammenhang in erster Linie Eigentum und die beschränkt dinglichen Rechte gemeint. Sukzessions- und Vollstreckungsschutz, wenngleich ihrer Natur nach nicht die Möglichkeit einer Klage gegen Beeinträchtigungen Dritter,<sup>152</sup> eröffnen darüber hinaus auch Einwendungen und Einreden, mögen sie selbst naturgemäß von der Existenz des Rechts abhängen. Sie überdauern nach § 404 BGB nicht nur eine Zession, sondern können auch den in die Forderung bzw. das Recht vollstreckenden Gläubigern entgegengehalten werden.<sup>153</sup> Nur dieser Wirkung wegen ergibt die Chance des redlichen Erwerbs, z. B. nach § 1157 S. 2 BGB, einen Sinn; wo eine Replik nur relativ wirkt, braucht sich der Rechtsnachfolger von vornherein nicht um sie zu kümmern. So wurzelt der Anspruch auf Wiedereinräumung der Einrede – man denke nur an den rücklaufenden Wechsel<sup>154</sup> – letztendlich ebenfalls in einer ehemaligen einem dinglichen Recht zumindest vergleichbaren Stellung.

#### b) Der Vergleich mit § 1007 BGB

Bekanntlich hat sich der Gesetzgeber dieser aus früherer dinglicher Berechtigung bzw. einer damit vergleichbaren dinglichen Position entspringenden Forderung nicht eigens angenommen; an ihre Privilegierung wurde nicht gedacht. Schon die Rückabwicklung nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB selbst wurde erst während der zweiten Lesung im Gesetz verankert.<sup>155</sup> Sie den Rechtsnachfolgern des Schuldners gegenüber abzusichern wurde dabei ebensowenig für nötig gehalten, gar unternommen, wie bei den Ansprüchen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB.<sup>156</sup>

Das letzte Wort ist damit noch nicht gesprochen. Zwar läßt sich der obligatorische Anspruch schon des *numerus clausus* der Sachenrechte wegen nicht ohne weiteres zu einem beschränkt dinglichen Recht hochstilisieren. Andererseits sperrt dieser Typenzwang nicht jede Verdinglichung einer obligatorischen Forderung, jedenfalls nicht im Wege der Rechtsfortbildung.<sup>157</sup> Bereits die Diskussion in der zwei-

<sup>151</sup> Gleiches gilt für die konkurrierenden Ansprüche aus § 823 BGB, ferner, wenn diese allein existieren, etwa bei mittelbar bösgläubigem Erwerb durch Einschaltung eines redlichen Dritten. Damit sind alle neuralgischen Fälle erfaßt.

<sup>152</sup> Zu diesen Kriterien vgl. die Nachw. in Fn. 142.

<sup>153</sup> Das ist unstrittig; vgl. nur MünchKomm/Roth, § 401, 1. Ausnahmen beschränken sich auf Einreden, die an die Person des Gläubigers gebunden sind; vgl. hierzu statt aller Nörr/Scheyhing, Sukzessionen § 4 II 3 = S. 47f.

<sup>154</sup> Vgl. dazu oben § 5 V 2 c und § 6 II 1 c (3).

<sup>155</sup> Vgl. dazu oben § 4 III 2 c mit Fn. 203.

<sup>156</sup> Der (dingliche) Rückfall war in den Prot. III 215 = 3715 = Mugdan III 637 von der Mehrheit ausdrücklich abgelehnt worden; sie erörterte anschließend für einen Spezialfall Bereicherungsansprüche, nicht jedoch deren Sicherung.

<sup>157</sup> Canaris, Festschrift für Flume I S. 377.



ten Lesung des BGB beschränkte sich auf ausgewählte, die Problematik keineswegs erschöpfende Fragen, nämlich die Sonderrechtsnachfolge bei Redlichkeit der Beteiligten sowie den Rückerwerb nach Fehlschlag der ersten Verfügung infolge der Bösgläubigkeit des Empfängers.<sup>158</sup> Von einer alle Eventualitäten berücksichtigenden Willensbildung der Beteiligten konnte also bei Erlaß des BGB keine Rede sein.<sup>159</sup>

Hält man das Modell des § 1007 BGB dagegen, so fällt die Parallele ins Auge. Gleich einem früheren berechtigten Besitzer, wenn nicht in verstärktem Maße, hat der seinerzeitige Eigentümer ein legitimes Interesse daran, das verlorene Recht vom jetzigen Inhaber zurückzubekommen. Er hat weit mehr eingebüßt als den Besitz, wurde er doch aus seiner dinglichen Stellung verdrängt. Damit bietet sich eine Analogie, präziser ein – der Struktur nach identischer<sup>160</sup> – Erst-recht-Schluß an. Wie verllorener Besitz, ja wesentlich intensiver, wirkt ehemaliges Eigentum fort.<sup>161</sup>

Selbstredend soll nicht einfach der Besitz dem Eigentum gleichgestellt werden. Jener ist für andere Aufgaben ausersehen, was sich auch in der rechtlichen Ausformung niederschlägt. So mögen die possessorischen Ansprüche der §§ 859ff. BGB eine durchaus singuläre Erscheinung sein, da sie – als Sondervorschriften zur Wahrung des Rechtsfriedens und der Kontinuität aufgrund einer auch nur faktischen Beziehung zu einer Sache<sup>162</sup> – beim Eigentum schon deshalb keinen Sinn geben, weil sie an eine diesem nicht notwendig immanente und daher gesondert zu wertende tatsächliche Gewalt bzw. an eine von einem Dritten vermittelte Herrschaft anknüpfen. Das Eigentum als Recht kann durch verbotene Eigenmacht gar nicht zu Fall gebracht werden, weswegen eine Analogie insoweit ausscheidet. Eine solche Sonderstellung nimmt § 1007 BGB nicht ein. Dem § 985 BGB nachempfunden, tendiert er als petitorischer Anspruch dazu, die Rechtslage zwischen den Parteien, wenn auch nicht notwendig zum Eigentümer, endgültig zu klären, paßt sich in das übliche Schema ein. Daß er über § 985 BGB hinausgeht, indem er die Rechtsverfolgung auch nach Verlust des Besitzes gegen dritte Rechtsnachfolger zuläßt, ist keine im Institut des Besitzes wurzelnde und aus ihm allein zu legitimierende Besonderheit: Wäre doch sonst der petitorische Besitzanspruch stärker ausgeformt als das Eigentum als Prototyp des Sachenrechts, was aus dem Rahmen fiel, nicht mit den speziellen Wirkungen des Besitzes gedeutet werden könnte.

<sup>158</sup> Prot. III 215 = 3715 = Mugdan III 637.

<sup>159</sup> Eher läßt sich von einer „Anschauungslücke“ sprechen; vgl. hierzu etwa *Bydliński*, Methodenlehre S. 115f.; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 165.

<sup>160</sup> Vgl. hierzu *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre S. 260; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie S. 171; *Larenz*, Methodenlehre S. 373 („nahe verwandt“); *Zippelius*, Methodenlehre S. 62 („Sonderfall“).

<sup>161</sup> Nicht als Modell eignen sich dagegen die Regeln der Treuhand. Schon die Voraussetzungen liegen nicht parallel, denn nicht der ehemalige Eigentümer hat die Befugnis übertragen. Zudem gewährt die h. M. dem Treugeber zwar Schutz vor Zugriffen der Gläubiger seines Partners, nicht jedoch vor dessen Verfügungen.

<sup>162</sup> Zu den verschiedenen Erklärungsmodellen des possessorischen Besitzschutzes vgl. z. B. *Staudinger/Bund*, vor § 854, 7; *Baur*, § 9 I 3; *Westermann*, § 8, 3a; *Heck*, Sachenrecht § 3, 7.

## c) Der methodologische Ansatzpunkt

Unter methodischem Aspekt hat man es hier mit der Ausfüllung einer offenen Gesetzeslücke im Wege der Analogie bzw. des argumentum a maiore ad minus zu tun.<sup>163</sup> Der Vergleich mit dem Schutz des früheren berechtigten Besitzers, der durch § 1007 BGB in die Lage versetzt wird, die Sache bei einem beliebigen Dritten einzufordern, offenbart ein Defizit in der Absicherung des ehemaligen Eigentümers, sollte dieser sich tatsächlich mit der rein schuldrechtlichen Rückgabeforderung zu bescheiden haben, sollte insbesondere jede Verfügung des Erwerbers einen dritten Käufer begünstigen können, selbst wenn dieser den Hergang kennt, sollte schließlich der Gegenstand dem ungehinderten Zugriff der Gläubiger des Erwerbers ausgeliefert sein. Wertungsmäßig liegen die Fälle gleich – die entscheidende Weiche für die Analogie<sup>164</sup> –, die ratio legis des § 1007 BGB trifft für Ansprüche aus unfreiwilligem Verlust des Eigentums noch spektakulärer zu – ein geradezu klassischer Fall der notwendigen Analogie bzw. des notwendigen argumentum a maiore ad minus: Die Norm des § 1007 BGB belegt die Lücke, schließt sie gleichzeitig.<sup>165</sup> Daß die gesetzliche Regelung nach Wortlaut, Sinn und Systematik abschließend sei und somit eine Rechtsfortbildung verbiete,<sup>166</sup> läßt sich weder aus den Motiven ableiten, noch aus Rechtsnatur oder Zweck der Norm erschließen, im Gegenteil: Hatte doch die verfassungsrechtliche Analyse gezeigt, daß die Interessen des Eigentümers diejenigen des unentgeltlichen Erwerbers überwiegen; seine Gläubiger und (hinsichtlich der Rückgabepflicht ihres Partners) unredlichen Rechtsnachfolger brauchen nicht begünstigt zu werden. Instinktiv richtig, wenngleich von Begründung wie gewähltem Weg her ohne dogmatische Durchschlagskraft, versucht dem die h. M. Rechnung zu

<sup>163</sup> Vgl. dazu etwa *Larenz*, Methodenlehre S. 359 f.; *Bydlinski*, Methodenlehre S. 474; *Canaris*, Lücken S. 71 ff. bzw. 78 ff. – Ob die Gesetzeslücke als Instrument der Abgrenzung taugt oder nicht, mag hier offen bleiben; bejahend etwa *Larenz*, Methodenlehre S. 360 Fn. 21; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie S. 172; verneinend z.B. *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre S. 254; *Pawlowski*, Methodenlehre Rdn. 626 ff. Auch von diesen werden die Analogie und das argumentum a maiore ad minus als juristische Schlußfiguren akzeptiert (*Koch/Rüßmann*, Begründungslehre S. 259 f.); ihre Prüfung entspricht im wesentlichen der gängigen Vorgehensweise.

<sup>164</sup> Vgl. z.B. *A. Kaufmann*, Analogie S. 35 f.; *Larenz*, Methodenlehre S. 366; *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre S. 259 f.; *Bydlinski*, Methodenlehre S. 476; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie S. 173; *Zippelius*, Methodenlehre S. 75 f.; *Pawlowski*, Methodenlehre Rdn. 620; *Fikentscher*, Methodenlehre IV S. 298, 301; *Engisch*, Einführung S. 140 f., 147 f., 158; *Canaris*, Lücken S. 73.

<sup>165</sup> Vgl. hierzu *Larenz*, Methodenlehre S. 365 f. bzw. 373 f.; *Bydlinski*, Methodenlehre S. 475 f. bzw. 479 f.; *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre S. 258 ff.; *Canaris*, Lücken S. 148 f. bzw. 150 f.

<sup>166</sup> Vgl. etwa BVerfGE 65, 182, 191; 69, 188, 204; BVerfG ZIP 1986, 1336, 1337; ähnlich BVerfGE 54, 277, 299 f.; 56, 37, 51; 59, 330, 334; *Leisner*, DVBl 1986, 707; etwas weiter wohl noch BVerfGE 34, 269, 287: Aufgabe des Richters sei es, Wertvorstellungen ans Licht zu bringen, die im Text nur unvollständig angesprochen seien. – Auch von einer Verletzung des Rechtsstaatsprinzips (vgl. etwa BVerfGE 74, 129, 152) kann keine Rede sein.

tragen. Ihr Ergebnis, den redlichen Erwerb bereits auf der dinglichen Ebene zu restringieren oder aber seine Konsequenzen bei der Rückabwicklung zu umgehen, hat sich zwar als sachwidrig, da arbiträr, entpuppt, beleuchtet aber schlaglichtartig die Aporie, in die man ohne die Absicherung des Rückgabeanspruchs gerät.<sup>167, 168</sup>

#### d) Die Rolle des Abstraktionsprinzips

Isoliert betrachtet verkörpert auch das Abstraktionsprinzip keinen absoluten Wert, der – etwa als rechtsethisches Postulat – gegen jede Durchbrechung und damit auch gegen die partielle Verdinglichung der aus früherem Eigentum herrührenden Ansprüche stritte. Die Legitimation des Grundsatzes ist im Hinblick auf den Verkehrsschutz ohnehin begrenzt, da dieser für den Rechtsnachfolger durch den redlichen Erwerb garantiert wird.<sup>169</sup> Gegenüber dessen ausgewogener Interessenabgrenzung kommt das Abstraktionsprinzip zusätzlich nur demjenigen zugute, der weiß, daß sein Partner schuldrechtlich verpflichtet ist, die Sache zurückzugeben, ohne daß man daraus schon ableiten kann, der Zweiterwerber verstoße gegen die guten Sitten und hafte damit nach § 826 BGB.<sup>170</sup> Das bloße Interessenargument allein dürfte

<sup>167</sup> Unbestritten dürfte sein, daß der Satz „*singularia non sunt extendenda*“ in dieser Apodiktik nicht gilt. Verboten ist lediglich, ein nur vereinzelt kodifiziertes Prinzip unbesehen zu verabsolutieren; vgl. z. B. *Engisch*, Einführung S. 152; *Canaris*, Lücken S. 181. Davon kann bei der Verfolgung ehemaligen Eigentums nach unfreiwilligem Verlust keine Rede sein.

<sup>168</sup> Auch ohne § 1007 BGB und die auf die Norm gestützte Analogie bzw. den aus ihr abgeleiteten Erst-recht-Schluß müßte man wohl zum annähernd gleichen Ergebnis gelangen. Spätestens die Wertung der Verfassung indiziert eine Rechtsfortbildung *praeter legem*, die die h. M. mit dem Topos des Verkehrsgeschäfts auch schon lange praktiziert. Vom Grundgesetz anerkannt, würde der Schutz des ehemals Berechtigten schon im Hinblick auf diese Wertentscheidung die partielle Verdinglichung seiner Position verlangen.

<sup>169</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Seiler*, Einleitung zu §§ 854 ff., 49; *Staudinger/Wiegand*, vor § 929, 17; *Baur*, § 51 VIII 1; *Westermann*, § 4 III; *Larenz*, I 1 § 39 II d; *Kegel*, Festschrift für Mann S. 80; *Heck*, Rechtsgeschäft S. 21; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 39f.; *Zweigert/Kötz*, I S. 217; *Gravenhorst*, Mobiliarsicherheit S. 17 („verbleibende Auswirkungen eher unerwünscht“); vor-sichtig *v. Caemmerer*, *RabelsZ* 12 (1938/39), 711; *v. Tuhr*, II 2 S. 110; *Medicus*, AT Rdn. 228: „praktisch sehr geringe Rolle“ neben dem redlichen Erwerb. – *Peters*, *Jura* 1986, 457 verteidigt den Verkehrsschutz des Abstraktionsprinzips, auch soweit er über die §§ 892f., 932ff. BGB hinausgehe: Wer mit dem Käufer kontrahiere, dessen Deckungsgeschäft sich als nichtig entpuppe, verdiene mehr Sympathien als der Partner eines unehrlichen Entleiher. Das ist aus zwei Gründen schief: Zum einen will der redliche Erwerb den Begünstigten mit Modifikationen im Detail davon freistellen, sich um Wirksamkeit und um Existenz des vorangegangenen Geschäfts kümmern zu müssen (vgl. dazu unten § 7 I 2). Zum anderen kommt das Abstraktionsprinzip auch demjenigen zugute, der um die Nichtigkeit des Deckungsgeschäfts weiß.

<sup>170</sup> *Westermann*, § 4 III; *Kegel*, Festschrift für Mann S. 80f.; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 40 Fn. 102; *v. Caemmerer*, *RabelsZ* 12 (1938/39), 712; weiter, regelmäßig den Sittenverstoß bejahend und daher schon die Übereignung nach § 138 BGB ausschließend, *Heck*, Rechtsgeschäft S. 23. *Flume*, II § 12 III 3 legitimiert mit der geringen Reichweite des redlichen Erwerbs das Abstraktionsprinzip, was jedoch nur das Ergebnis zur Prämisse erhebt. Der Frage, ob der im Abstraktionsprinzip repräsentierte Verkehrsschutz so undifferenziert den Vorrang soll beanspruchen dürfen, ist damit nicht auszuweichen. Vor allem steht nicht nur eine Korrektur des angeblich zu weit reichenden Anfechtungsrechts zur Debatte, die jedoch *Flume*, aaO. betont.

zwar nicht ausreichen, die gesetzliche Regelung durchgängig aus den Angeln zu heben,<sup>171</sup> doch beschränkt sich die Durchbrechung auf einen engen Bereich, basiert auf unfreiwilligem Verlust des Eigentums, tastet also den Kern nicht an.

Gleichermaßen wird der mit dem Abstraktionsprinzip verfolgte Gläubigerschutz nicht beschnitten. Trotz mancher Vorbehalte, ob er im BGB nicht überzogen sei, da der Gläubiger auf Eigentum zugreifen könne, das seinem Schuldner letztendlich nicht zustehe,<sup>172</sup> ist er wohl nicht ohne Sinn: Weil der Käufer und damit diejenigen, denen sein Vermögen haftet, wegen der §§ 947 Abs. 2, 948 BGB nach der Zahlung auf bloße Kondiktionsansprüche verwiesen ist, mag es schon der Gedanke der Symmetrie anraten, nicht umgekehrt den Verkäufer und seine Gläubiger zu privilegieren.<sup>173</sup> Das Abstraktionsprinzip sorgt dafür, daß die jeweils haftende Masse in etwa gleich groß bleibt. Bei Ansprüchen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 bzw. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB hatte der Veräußerer das Vermögen des Erwerbers dagegen vermehrt, ohne daß dem eine entsprechende Einbuße gegenüberstand – ein für die Gläubiger des Begünstigten überraschender und unverdienter Vorteil, der, und darin liegt der Unterschied etwa zur Schenkung durch einen Berechtigten, ihnen gegen den Willen des Beeinträchtigten zufällt.<sup>174</sup> Ein solches vom Zufall abhängiges Vorrecht zu legitimieren ist endgültig nicht mehr Aufgabe eines Verkehrsschutzes, wie ihn das Abstraktionsprinzip gewährleisten soll.<sup>175</sup>

Ansprüche aus unfreiwilligem Verlust des Eigentums als Konsequenz seiner materiellen Fortwirkung setzen sich alles in allem so signifikant von Rückabwicklungsforderungen aufgrund eines fehlgeschlagenen Vertrages ab, daß eine Durchbrechung das Abstraktionsprinzip weder für den Regelfall in Frage stellt noch dem System des BGB fremd ist, wie § 1007 BGB zur Genüge demonstriert.<sup>176</sup>

<sup>171</sup> *Staudinger/Seiler*, Einleitung zu §§ 854 ff., 49.

<sup>172</sup> *Westermann*, § 4 III; *Kegel*, Festschrift für Mann S. 81; *Heck*, Rechtsgeschäft S. 19.

<sup>173</sup> *Staudinger/Seiler*, Einleitung zu §§ 854 ff., 49; *Medicus*, AT Rdn. 230; v. *Caemmerer*, *RabelsZ* 12 (1938/39), 701; *Lange*, AcP 146, 36; ebenso im Ergebnis *Baur*, § 51 VIII 1; *Flume*, II § 12 III 3; *Rother*, AcP 169, 16; v. *Tuhr*, II 2 S. 111 (als Kompensation für die sonstigen Vorteile). *Peters*, Jura 1986, 454, 456 weist darauf hin, daß die Übereignung von Geld notwendigerweise abstrakt ist, da zum Zeitpunkt des Kaufabschlusses die zur Erfüllung vorgesehenen Stücke noch nicht bestimmt sind.

<sup>174</sup> Es geht also nicht um das in der 2. Kommission beantragte und abgelehnte Aussonderrungsrecht des Bereicherungsgläubigers im Konkurs (vgl. Prot. II 721 ff. = 3019 ff. = *Mugdan* II 1191), das sich auf alle Fälle hätte erstrecken sollen.

<sup>175</sup> Auch die sonstigen Funktionen des Abstraktionsprinzips werden nicht tangiert. Die Gefahrtragung bis zur Erfüllung eines obligatorischen Geschäfts (vgl. etwa *Peters*, Jura 1986, 455, 458) spielt definitionsgemäß keine Rolle. Insbesondere hat die hier vertretene Lösung keine vom Gesetz abweichenden Konsequenzen, solange der Schuldner die Sache in Natur zurückgeben kann.

<sup>176</sup> Auch die h. M. weicht im übrigen das Abstraktionsprinzip auf, wenn sie beim Rückwerb des Nichtberechtigten den Grund der Rückabwicklung ins Kalkül einbezieht; vgl. dazu oben § 6 II 1 b mit Fn. 47.

### 3. Der Vollstreckungsschutz

Der Schutz des ehemaligen Eigentümers vor Vollstreckungsakten der Gläubiger des jetzigen Inhabers in Analogie zur Absicherung des früheren Besitzers scheint in gewohnten Bahnen zu verlaufen.

#### a) Bewegliche Sachen

Der Besitz an beweglichen Sachen<sup>177</sup> räumt in der Einzelzwangsvollstreckung die Interventionsbefugnis des § 771 ZPO ein,<sup>178</sup> gewährt im Konkurs das Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO.<sup>179</sup> § 1007 BGB denselben Regelungen zu unterstellen<sup>180</sup> wirkt konsequent: Das Recht aus früherem Besitz kann auf den ersten Blick nicht weiter gehen als das aus tatsächlich ausgeübtem.

Die Parallele könnte – strikt durchgeführt – immerhin zu einer Modifizierung weithin verfochtener Grundsätze nötigen. Insbesondere *Diederichsen* hat sich nämlich gegen die h. M. für den Fall verwahrt, daß nach Verkauf und Übergabe, aber vor Übereignung des Vertragsgegenstandes ein Gläubiger des Verkäufers in die Sache vollstrecke. So vorzugehen sei ihm gestattet, solange das Objekt wirtschaftlich zum Vermögen des Verkäufers zähle. Obgleich der Eigentümer selbst mit einer eventuellen Herausgabeklage nicht mehr durchdringe, wirke die lediglich relative Berechti-

<sup>177</sup> Zu den unbeweglichen Sachen vgl. unten § 6 III 3b mit Fn. 195.

<sup>178</sup> BGHZ 2, 164, 168; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 30; *Wieczorek*, § 771 B IV c 2 mwN. zur älteren Rechtsprechung; *Zöller/Schneider*, § 771, 14 unter „Besitz“; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 771, 6 unter „Besitz“; *Bruns/Peters*, Zwangsvollstreckung § 16 I 1 c; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 13 III 5b Fn. 70; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren § 36 V 2; *Baur/Stürner*, Rdn. 778; *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht § 16 I 1 h; *Mohrbuter*, Vollstreckungsrecht § 10 II 2; *Staudinger/Bund*, vor § 854, 34; *Soergel/Mühl*, vor § 854, 16; *Baur*, § 9 V 3; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 396; *Pohle*, ZZP 68, 265 f.; *Kühne*, AcP 140, 56; *Lopau*, JuS 1980, 506; *Kurz*, Besitz S. 45 f.; a. A. etwa *Westermann*, § 8, 4; *Thomas/Putzo*, § 771, 6 g; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 41 VI 6; *Brox/Walker*, Rdn. 1420; *Diederichsen*, Besitz S. 144 ff.; wegen der Möglichkeit, andere Rechtsbehelfe einzulegen, für belanglos erklärt von *Jauernig*, Zwangsvollstreckung § 13 IV 1 c.

<sup>179</sup> *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 43, 52; *Jaeger/Lent*, KO § 43, 27; *Hess/Kropshofer*, KO § 43, 14; *Kilger*, KO § 43, 14 (für die §§ 861 f., 1007 BGB); speziell für § 1007 BGB RGRK/*Pikart*, § 1007, 17; *MünchKomm/Medicus*, § 1007, 17; *Staudinger/Gursky*, § 1007, 19; *Wolff/Raiser*, § 84 IV 1 a Fn. 21; *Eichler*, II 1 S. 237 Fn. 279; *Dulkeit*, Verdinglichung S. 20 Fn. 13; *M. Wolff*, Festschrift für Koch S. 159; *Kühne*, AcP 140, 57; a. A. *Diederichsen*, Besitz S. 147 ff.; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 397 mit der Ausnahme für den Bereich des § 21 KO. – Regelmäßig beschränken sich diese Literaturangaben nicht auf bewegliche Sachen (anders aber z. B. *Wolff/Raiser*, § 84 IV 1 a Fn. 21; *M. Wolff*, Festschrift für Koch S. 159). Nach *Henckel*, Festschrift für Coing II S. 146 f. scheidet bei der Verwaltungstreuhand das Gut durch die freiwillige Weggabe nicht aus dem Haftungsverband des Schuldners aus, dem nicht auf solchem Weg die Möglichkeit eingeräumt werden dürfe, das dem Zugriff seiner Gläubiger überlassene Vermögen zu dezimieren. Diese Begründung läßt sich auf die vorliegende Problematik nicht übertragen.

<sup>180</sup> Vgl. etwa *Wieczorek*, § 771 B IV c 4; *Baur/Stürner*, Rdn. 778 Fn. 29; ähnlich *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 31; für § 43 KO auch *Hess/Kropshofer*, KO § 43, 14; *Böhle-Stamschräder/Kilger*, KO § 43, 14; sowie die Literaturstellen in Fn. 179, die sich nur auf § 1007 BGB beziehen.

gung des Käufers nicht zu Lasten Dritter, vor allem nicht der Gläubiger des Verkäufers.<sup>181</sup> Noch eklatanter ist die Lage im Konkurs. Der Vorschlag, den Besitz noch nicht übereigneter beweglicher Sachen mit einem Aussonderungsrecht abzusichern,<sup>182</sup> hat sich nicht durchgesetzt. Nahezu einhelliger Ansicht zufolge verliert mit der Entmachtung des Gemeinschuldners die von ihm eingeräumte und nur ihm gegenüber wirksame Besitzbefugnis ihre Bedeutung; alles andere könnte schließlich das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO unterlaufen.<sup>183</sup>

Die oftmals pointierte Nähe des § 1007 BGB zum ausgeübten Besitz,<sup>184</sup> die immerhin den Vollstreckungsschutz in anderem Licht erscheinen ließe, paßt in Wirklichkeit nicht. Gegenüber der Einrede der verkauften und übergebenen Sache haben die Gläubiger des Verkäufers mit dem Eigentum des Verkäufers in der Tat das stärkere Recht auf ihrer Seite. Zu erwägen ist lediglich, ob und inwieweit durch § 986 Abs. 2 BGB die Position des Empfängers bereits verdinglicht ist. § 1007 BGB betrifft regelmäßig einen davon deutlich getrennten Sachverhalt, nämlich das Recht aus ehemaligem Besitz, bei dem – anderes kommt nur in extrem gelagerten, folgerichtig auch abweichend zu entscheidenden Ausnahmefällen vor – der jetzige Inhaber keine vorrangige Befugnis reklamieren kann, wie sie das Eigentum verglichen mit dem Besitz darstellt. Nicht zuletzt ergibt das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO<sup>185</sup> nur Sinn, wenn tatsächlich der Anspruch von der Fortdauer eines Vertragsverhältnisses abhängt. Wo dies, wie bei § 1007 BGB, nicht der Fall ist, die Forderung vielmehr auf einem weder vernichtbaren noch gar schon vernichteten Fundament ruht, steht § 17 KO nicht im Wege.

Den Kritikern des Besizes als Befugnis zur Intervention<sup>186</sup> ist sicher zu konzedieren, daß die h. M. das Recht des Dritten falsch akzentuiert. Räumt auch § 809 ZPO dem unmittelbaren Besitzer die Befugnis ein, die Herausgabe zu verweigern, so kann doch der mittelbare Besitz nicht per se die Veräußerung hindern, sondern nur, soweit er sich an einen Herausgabeanspruch anlehnt.<sup>187</sup> Verbunden mit einer bloßen

<sup>181</sup> *Diederichsen*, Besitz S. 146 unter Berufung auf RGZ 127, 8 ff., wo das für Grundstücke entschieden worden war (anders noch RGZ 116, 363 ff.).

<sup>182</sup> *Wolff/Raiser*, § 84 IV 1a Fn. 21; *M. Wolff*, Festschrift für Koch S. 159; *Dulceit*, Verdinglichung S. 20 Fn. 13; *Kühne*, AcP 140, 58.

<sup>183</sup> RGZ 90, 218, 221 f.; 116, 363, 367; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 43, 52; *Jaeger/Lent*, KO § 43, 27; *Hess/Kropshofer*, KO § 43, 15; *Diederichsen*, Besitz S. 148 mwN.; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 397.

<sup>184</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 180; insbesondere *Baur/Stürner*, Rdn. 778 Fn. 29.

<sup>185</sup> Ob die Ausübung eines entsprechenden Wahlrechts den Vertrag erst zum Erlöschen bringt oder umgekehrt die an sich beendete Verpflichtung zur Erfüllung weiterbestehen läßt, braucht hier nicht entschieden zu werden; vgl. z. B. den Überblick bei *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 17, 36 mit umfängl. Nachw.

<sup>186</sup> Vgl. die in Fn. 178 als abweichende Ansicht Genannten.

<sup>187</sup> So z. B. RGZ 116, 363, 366; 127, 8, 9; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 30; *Wieczorek*, § 771 B IV c 4; *Bruns/Peters*, Zwangsvollstreckung § 16 I 1 c; *Baur/Stürner*, Rdn. 778; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren § 36 V 2; *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht § 16 III 1 f; *Staudinger/Bund*, vor § 854, 34; *Baur*, § 9 IV; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 397; ebenso für die Aussonderung *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 43, 52; *Jaeger/Lent*, KO § 43, 27. –

Forderung auf Verschaffung der Sache, fehlt jede Privilegierung,<sup>188</sup> soweit nicht § 986 Abs. 2 BGB oder eine Vormerkung Schutz gewährt.<sup>189</sup>

An diesen Kategorien gemessen, ist § 1007 BGB regelmäßig den Herausgabeansprüchen zuzuordnen;<sup>190</sup> intendiert er doch die Restitution einer früheren, unfreiwillig verlorenen Stellung. Zu pauschal urteilt daher, wer im gesamten Kondiktionsrecht nur Verschaffungsansprüche vermutet.<sup>191</sup> Für den zahlenmäßig wichtigsten Bereich, die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge, mag das zutreffen, nicht jedoch für den hier zentralen Verlängerungsanspruch aus ehemaligem Eigentum bzw. früheren dinglichen Rechten. Gerade § 1007 BGB, mit dem regelmäßig auch Ansprüche aus früherem Besitz nach den §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2, 816 Abs. 1 S. 2 BGB konkurrieren – auch der vom Nichtberechtigten ausgeübte Besitz widerspricht seinem relativen Zuweisungsgehalt<sup>192</sup> – beweist die Notwendigkeit einer differenzierenden Sicht.<sup>193</sup>

---

Nicht korrekt ist dagegen das Postulat, bei jedem mittelbaren Besitz sei notwendig ein Herausgabeanspruch als Basis der Interventionsbefugnis gegeben (so *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 30; *Zöller/Schneider*, § 771, 14 unter „Besitz“; *Baur/Stürmer*, Rdn. 778). Der Einwand der verkauften und übergebenen Sache wird entgegen den sonstigen Regeln im Konkurs nicht etwa dadurch zwingend, daß der Käufer sie inzwischen einem Dritten weiter vermietet hat und sie bei diesem vom Konkursverwalter des Verkäufers nach Ablehnung der Erfüllung in Anspruch genommen wird. Anders ist es natürlich, wenn der unmittelbare Besitzer, der nicht zugleich Eigentümer ist, in Konkurs geht (*Baur/Stürmer*, Rdn. 779). – Daß die Sache generell pfändbar sein muß und dem Besitzer kein besseres Recht zustehen darf (*Mohrbutter*, Vollstreckungsrecht § 10 II 2), ist selbstverständlich.

<sup>188</sup> Daß bloße Verschaffungsansprüche nicht zum Widerspruch bzw. zur Aussonderung berechtigen, ist ganz h.M.; vgl. nur RGZ 116, 363, 366; 127, 8, 9; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 33; *Zöller/Schneider*, § 771, 14 unter „obligatorische Rechte“; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 13 III 5b; *Baur/Stürmer*, Rdn. 779; *Brox/Walker*, Rdn. 1422 jeweils mwN. für § 771 ZPO; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 43, 61; *Jaeger/Lent*, KO § 43, 28; *Kilger*, KO § 43, 7; *Hess/Kropshofer*, KO § 43, 112; *Baur/Stürmer*, Rdn. 1074 jeweils für § 43 KO.

<sup>189</sup> *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 396, 398.

<sup>190</sup> *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 43, 52; *Jaeger/Lent*, KO § 43, 27; *Hess/Kropshofer*, KO § 43, 14; *Kilger*, KO § 43, 14; *Wieczorek*, § 771 B IV c 4; *Zöller/Schneider*, § 771, 14 unter „Herausgabeanspruch“; *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht § 16 III 1h; ähnlich wohl *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 31 („vgl. auch § 1007 BGB“).

<sup>191</sup> So etwa RGZ 129, 307, 311; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 33; *Wieczorek*, § 771 B IV c 4; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 771, 6 unter „schuldrechtlicher Anspruch“; *Brox/Walker*, Rdn. 1422; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 43, 61; *Jaeger/Lent*, KO § 43, 27 (auch für eine Bereicherung auf fremde Kosten, jedoch auf dem Boden der früheren, inzwischen überwundenen Ansicht, dieses Merkmal beziehe sich auch auf die Leistungskondiktion); *Hess/Kropshofer*, KO § 43, 112; *Kilger*, KO § 43, 7 (unter undifferenzierter Verweisung auf § 816 BGB).

<sup>192</sup> Vgl. Fn. 144 und die dort angegebenen Nachw.

<sup>193</sup> Es mag daher durchaus zu bezweifeln sein, ob das Wegnahmerecht nach §§ 951 Abs. 2 S. 2, 997 Abs. 1 S. 1 BGB nicht auch nach dem Muster des § 1007 BGB verdinglicht ist (ablehnend z.B. bei § 951 Abs. 2 S. 2 BGB *Staudinger/Gursky*, § 951, 64 sowie bei § 997 Abs. 1 S. 1 BGB, soweit es um Vollstreckungsschutz geht, *Staudinger/Gursky*, § 997, 12 jeweils mwN.).

Die analoge Anwendung der Norm entschärft die Probleme noch weiter: So kommt die nur auf ein obligatorisches Geschäft und die Übergabe gestützte Besitzberechtigung als Basis des Interventionsrechts nicht in Betracht; hinter der Drittwiderspruchsklage steht immer das bessere Recht aus früherem Eigentum, das mit einem Herausgabeanspruch und nicht lediglich mit einem Verschaffungsanspruch korreliert.

#### b) Immobilien

Bei Grundstücken verwehrt die h.M. dem Besitzer die Drittwiderspruchsklage und das Aussonderungsrecht.<sup>194</sup> Die Ausübung tatsächlicher Herrschaft habe für die dingliche Rechtslage keine Bedeutung, wie schon ein Blick auf § 891 BGB zeige.<sup>195</sup> § 1007 BGB spreche nur von Mobilien, er sei an die nur für diese geltende Vermutung des § 1006 BGB angeknüpft.<sup>196</sup>

Ausgerechnet die systematische Stellung des § 1007 BGB wird aber weithin als sinnwidrig getadelt, weil die Norm ihrer Natur nach ins Recht des Besitzes – den es unstreitig auch an unbeweglichen Sachen gibt – zu verweisen sei.<sup>197</sup> Man kann

<sup>194</sup> RGZ 127, 8, 9; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 771, 29; *Wieczorek*, § 771 B IV c 1; *Zöller/Schneider*, § 771, 14 unter „Besitz“; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 771, 6 unter „Besitz“; *Thomas/Putzo*, § 771, 6g; *Bruns/Peters*, Zwangsvollstreckung § 16 I 1 c; *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht § 16 III 1 h; *Mohrbutter*, Vollstreckungsrecht § 10 II 2; *Rosenberg/Gaul/Schülken*, § 41 VI 6a; *Brox/Walker*, Rdn. 1419; *Baur/Stürner*, Rdn. 778; *Baumann/Brehm*, Zwangsvollstreckung § 13 III 5 b Fn. 70; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht § 13 IV 1 c; *Staudinger/Bund*, vor § 854, 34; *Soergel/Mühl*, vor § 854, 16; *O. Gierke*, Fahrnisbesitz S. 70; *Koch*, § 1007 BGB S. 136f.; *Oertmann*, JW 1927, 1639; a.A. RGZ 116, 363, 367; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 397 für den Anwendungsbereich des § 571 BGB.

Ebenso für § 43 KO RGZ 90, 218, 221; 116, 363, 366; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 43, 52; nicht ganz eindeutig *Hess/Kropshofer*, KO § 43, 15, die dem Dritten ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO geben und dies auch als Argument bei § 43 KO heranziehen, zugleich aber das Wahlrecht des Konkursverwalters betonen; a.A. *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 397 für den Bereich des § 21 Abs. 1, 4 KO.

<sup>195</sup> *Zöller/Schneider*, § 771, 14 unter „Besitz“; *Baur/Stürner*, Rdn. 778 mit Fn. 30; *Brox/Walker*, Rdn. 1419; *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht § 16 III 1 h mit Fn. 39; *Baur*, § 9 IV; *Westermann*, § 35 I 1; ohne Hinweis auf § 891 BGB *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 771, 6 unter „Besitz“; *O. Gierke*, Fahrnisbesitz S. 70.

<sup>196</sup> *Jauernig*, § 1007, 1b; *Palandt/Bassenge*, § 1007, 1b; *MünchKomm/Medicus*, § 1007, 4; *Staudinger/Gursky*, § 1007, 5 (unter Hinweis auf § 861 BGB, der hier gerade nicht einschlägig ist); *Baur*, § 9 IV mit Fn. 2; *Westermann*, § 35 I 1; *Heck*, Sachenrecht § 34, 7; *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht § 16 III 1 h mit Fn. 39; *Se. Weber*, § 1007 BGB S. 76; wohl auch *Soergel/Mühl*, § 1007, 1; *Wolff/Raiser*, § 23 I mit Fn. 3; *Medicus*, AcP 165, 131, der aber bei Schadensersatzansprüchen aus dem Recht zum Besitz die Beschränkung aufgibt (aaO. S. 132); skeptisch *Erman/W. Hefermehl*, § 1007, 1; a.A. BGHZ 7, 208, 215ff.; LG Berlin ZMR 1957, 55; RGRK/Pikart, § 1007, 5 unter Hinweis auf BGH vom 25. 5. 1955, IV ZR 41/55; diese Entscheidungen werden allgemein als Folge der besonderen Verhältnisse der früheren Nachkriegszeit gesehen und für nicht verallgemeinerungsfähig gehalten (so etwa *MünchKomm/Medicus*, § 1007, 4).

<sup>197</sup> *MünchKomm/Medicus*, § 1007, 2; *ders.*, AcP 165, 130; *Staudinger/Gursky*, § 1007, 1; wohl auch *Wolff/Raiser*, § 23 vor I.



jedoch nicht einerseits die Anbindung des § 1007 BGB als inkorrekt rügen und aus ihr andererseits das tragende Argument entwickeln. Die §§ 861 ff. BGB differenzieren nicht nach beweglichen und unbeweglichen Sachen.<sup>198</sup> Die Intention des § 1007 BGB, das Recht zum Besitz zumindest zwischen den Parteien definitiv klarzustellen,<sup>199</sup> beschränkt sich nicht auf Mobilien.

§ 891 BGB schließt vom Grundbuchstand allein auf das Eigentum. Der Besitz, der der h.M. darüber hinaus als Ausgangspunkt einer Vermutung für das Recht auf Besitz dient,<sup>200</sup> büßt seinen Anwendungsbereich daher nicht unvermeidlich zur Gänze ein<sup>201</sup> – um so weniger, als eine Vermutung zwar den Beweis erleichtert, dem Betroffenen aber nicht die Hände bindet, sein Recht mit anderen Mitteln zu belegen, selbst wenn ihm die Vermutung nicht zur Seite steht.<sup>202</sup>

Für die Drittwiderspruchsklage gehen die Abgrenzungsvorschläge der h.M. sowieso an der Sache vorbei. Das Interventionsrecht fußt nicht auf ehemaligem Besitz, sondern auf dem Herausgabeanspruch,<sup>203</sup> der nicht an eine Qualifizierung des Gegenstandes als beweglich oder unbeweglich gebunden ist. Differenzierungen, die dem § 1007 BGB als ratio legis zu unterstellen hätten, er wolle den Vollstreckungsschutz des ehemaligen berechtigten Besitzers eine Immobilie beschneiden, obwohl diesem nach wie vor ein Herausgabeanspruch zustehe, sind zum Scheitern verurteilt, was auch und erst recht für die analoge Anwendung auf Forderungen aus früherem Eigentum gilt, das der Berechtigte wider Willen eingebüßt hatte.<sup>204</sup>

#### c) Vorrang des jetzigen Eigentümers?

Gemäß § 1007 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 Fall 1 BGB kann dem früheren Besitzer das Eigentum oder ein sonstiges Besitzrecht entgegengesetzt werden, soweit es im Verhältnis zu ihm wirkt.<sup>205</sup> Der Vorrang des besseren Rechts spiegelt sich in der

<sup>198</sup> BGHZ 7, 208, 217 zieht daraus die richtige Konsequenz; vgl. ausführlich auch schon O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 66 f.

<sup>199</sup> Vgl. z. B. Staudinger/Gursky, § 1007, 1; Baur, § 9 IV; Wolff/Raiser, § 23 vor I.

<sup>200</sup> So etwa Baur, § 9 IV; Westermann, § 35 I 2 a; ähnlich etwa Wolff/Raiser, § 23 vor I; Weitnauer, Festschrift für Larenz II S. 711: Recht zum Besitz aus Besitz; a. A. Canaris, Festschrift für Flume I S. 398.

<sup>201</sup> A. A. Westermann, § 35 I 1.

<sup>202</sup> O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 66 begründet sein anderslautendes Resultat nur mit diesem selbst.

<sup>203</sup> Vgl. soeben § 6 III 3 a.

<sup>204</sup> Die Prot. III 383 = 4055 = Mugdan III 698 f. nennen noch den Mieter als Anspruchsteller, ohne sich auf bewegliche Sachen zu beschränken. – Es wäre auch unangebracht, mit der Begründung auf § 1006 BGB zu rekurrieren, aufgrund des Besitzes werde das Eigentum vermutet, dieses sei der eigentliche Klagegrund. § 1007 BGB wirkt auch zugunsten desjenigen, der nachgewiesenermaßen nicht Eigentümer ist.

<sup>205</sup> BGH LM Nr. 3 zu § 855 BGB; RGRK/Pikart, § 1007, 28; Soergel/Mühl, § 1007, 6; MünchKomm/Medicus, § 1007, 7; Staudinger/Gursky, § 1007, 13. – Die Einwendungen können peremptorisch (z. B. Eigentum) oder dilatorisch (z. B. Recht aus einem dem Anspruchsteller gegenüber wirkenden Mietvertrag) sein. Umgekehrt kann ihnen der Anspruchsteller wieder Gegenrechte entgegenhalten (BGH LM Nr. 3 zu § 855 BGB; RGRK/Pikart, § 1007, 30;

Zwangsvollstreckung wider; weder dringt der Anspruchsteller mit der Klage aus § 771 ZPO durch,<sup>206</sup> noch wird seinem Aussonderungsbegehren stattgegeben.<sup>207</sup> Bei der analogen Anwendung kommt die Replik nicht zum Tragen, wie der Vergleich mit dem in der Vorschrift direkt geregelten Fall illustriert. Soll § 1007 BGB nicht seinen Gehalt verlieren, so kann der jetzige Inhaber nicht vorbringen, er habe den Besitz von dritter Seite erhalten. Vorbehaltlich der Chance redlichen Erwerbs<sup>208</sup> hat für ihn die nur relative causa mit seinem Vertragspartner keinen Wert, eine entsprechende Schranke ist dem Zugriff des Gläubigers gezogen. Gegenüber der Forderung aus früherem Eigentum können sich demgemäß – wiederum mit Ausnahme redlichen Erwerbs – der jetzige Inhaber und seine Gläubiger nicht auf besseres Recht stützen; basiert doch die Herausgabepflicht auf der nach wie vor wirksamen Zuordnung des Eigentums an den ehemaligen Inhaber.

#### 4. Der Sukzessionsschutz

§ 1007 BGB schirmt den Berechtigten nicht nur vor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger des jetzigen Inhabers ab, sondern gewährt auch Sukzessionsschutz. Der wenig präzise Gesetzeswortlaut hat zu Problemen geführt, die sich freilich bei analoger Anwendung in verminderter Schärfe stellen.

##### a) Vorrang des jetzigen Eigentümers?

Eine h.M., die dem Besitzer die Möglichkeit einräumt, die Klage zu Fall zu bringen, indem er sich mit dem Eigentümer – auch nachträglich – über ein Besitzmittlungsverhältnis verständigt,<sup>209</sup> könnte – gewendet auf den Anspruch aus ehemaligem Eigentum – auf die Idee verfallen lassen, der Anspruchsgegner könne sich mit der dinglichen Berechtigung seines Rechtsvorgängers verteidigen.

Die Zweifel beginnen bei der Ausgangsthese. Ein behaupteter rein obligatorischer Charakter des Besitzrechts<sup>210</sup> antizipiert in der Prämisse das Ergebnis, ohne vorgelagerte Überlegungen zu thematisieren. Wesentlich gewichtiger ist denn auch der

Wolff/Raiser, § 23 II 1; Heck, Sachenrecht § 34, 5b), etwa ein Mietrecht auch dem jetzigen Eigentümer gegenüber.

<sup>206</sup> BGHZ 35, 85, 87; KG OLGE 11, 311, 312; 14, 383, 384; KG ZZP 54, 348, 349; Wieczorek, § 771 B IV c 4; vgl. ferner Stein/Jonas/Münzberg, § 771, 46; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 771, 3F; Thomas/Putzo, § 771, 6 vor a; Baur/Stürner, Rdn. 785; Bruns/Peters, Zwangsvollstreckung § 16 II 3; Jauernig, Zwangsvollstreckungsrecht § 13 IV 5; Plander, JuS 1981, 566. RGZ 143, 275, 277f.; OLG Frankfurt JW 1929, 2899; OLG Hamburg MDR 1959, 580, 581; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht–Vollstreckungsverfahren § 37 II 6c wollen mit der Arglisteinrede helfen.

<sup>207</sup> Kuhn/Uhlenbruck, KO § 43, 52; Jaeger/Lent, KO § 43, 27.

<sup>208</sup> Vgl. hierzu sogleich unten § 6 III 4b.

<sup>209</sup> Staudinger/Gursky, § 1007, 13; Wolff/Raiser, § 23 II 1; Diederichsen, Besitz S. 93; Raape, JherJb 71, 121f., 177; a.A. BGH LM Nr. 3 zu § 855 BGB; RGRK/Pikart, § 1007, 30; Westermann, § 35 I 2a, II 2; Heck, Sachenrecht § 34, 5b; Canaris, Festschrift für Flume I S. 399f.

<sup>210</sup> So die Begründung der h.M.; vgl. z.B. Staudinger/Gursky, § 1007, 13.

Hinweis auf die Rechtsstellung des Eigentümers, der etwa seinem Mieter die Sache nicht vorenthalten könnte und der daher – abgesehen von der Möglichkeit des redlichen Erwerbs – gar nicht in der Lage wäre, seinem Rechtsnachfolger eine umfassendere Position zu vermitteln.<sup>211</sup>

Die besondere Struktur der Forderung aus ehemaligem Eigentum erübrigt eine ins einzelne gehende Stellungnahme. Der Zuweisungsgehalt des früheren Eigentums bewährt sich nicht nur im Verhältnis zum ursprünglichen Schuldner, sondern auch zu dessen Vertragspartner.

#### b) Die Chance des redlichen Erwerbs

Die Chance der Rechtsableitung vom Nichtberechtigten tariert die Interessen der Betroffenen sachgemäß aus. Ein Erwerber, der um die fehlende Befugnis seines Partners, die Sache zu besitzen, weiß oder sich der Erkenntnis grob fahrlässig verschlossen hat, haftet dem ehemaligen Inhaber. Positiv formuliert: Der zum redlichen Erwerb unabdingbare gute Glaube muß sich im Rahmen des § 1007 Abs. 1 BGB nicht nur auf das eigene Besitzrecht, sondern auch auf dessen Wirkung gegenüber dem Kläger erstrecken.<sup>212</sup> Zumindest insoweit bedarf die Feststellung, das Recht zum Besitz könne nicht redlich erworben werden,<sup>213</sup> der Korrektur; auf die Klage aus § 1007 Abs. 1 BGB kann redlicher Erwerb zweifelsohne repliziert werden.

Übertragen auf den Anspruch aus ehemaligem Eigentum, muß sich der böse Glaube auf die Verpflichtung des Veräußerers zur Herausgabe der Sache beziehen. Weiß der Käufer, daß sein Partner den Kaufgegenstand zurückzuerstatten hat, so geht das ebenso zu seinen Lasten wie die Unkenntnis aus grober Fahrlässigkeit.<sup>214</sup> Nach unentgeltlicher Verfügung steht dem früheren Eigentümer auch bei Redlichkeit des Erwerbers § 822 BGB zur Seite. Der Empfänger hatte die Sache einem Dritten zugewandt und ist dadurch nicht mehr in der Lage, der Herausgabepflicht nachzukommen.<sup>215</sup>

#### c) Die Erstreckung der Regeln auf unbewegliche Sachen

Ungeachtet des Wortlauts und der systematischen Stellung des § 1007 BGB verbietet sich die Begrenzung der Restitutionsansprüche auf bewegliche Sachen. Die

---

<sup>211</sup> *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 399; *Koch*, § 1077 BGB S. 144 in Analogie zu § 936 BGB.

<sup>212</sup> *Soergel/Mühl*, § 1007, 4; *Staudinger/Gursky*, § 1007, 12; *Planck/Brodmann*, § 1007, 2b; *Wolff/Raiser*, § 23 II 1; *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 399 Fn. 130; *O. Gierke*, Fahrnisbesitz S. 51 f.

<sup>213</sup> *Diederichsen*, Besitz S. 141 ff.; a. A. *Canaris*, Festschrift für Flume I S. 426; *Wieling*, Festschrift für v. Lübtow II S. 582 f.

<sup>214</sup> Abhandenkommen nach § 1007 Abs. 2 BGB spielt hier keine Rolle, da es den redlichen Erwerb als solchen verhindert und damit § 985 BGB durchgreift.

<sup>215</sup> Zu den (hier nicht näher zu verfolgenden) Problemen im Anschluß an die mißglückte Fassung des § 822 BGB vgl. *MünchKomm/Lieb*, § 822, 5 f. mit umfangr. Nachw. – Auch an § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ließe sich denken. Mangels Gegenleistung ist der Erwerb rückabzuwickeln.

Restriktion wirkt bereits bei direkter Anwendung eine Reihe wenig befriedigend gelöster Fragen auf,<sup>216</sup> bei ehemaligem Eigentum läßt die Differenzierung sachgerechte Kriterien gänzlich vermissen. Die Forderung knüpft weder an den Besitz an, noch an eine darauf basierende Vermutung, sondern zieht die Konsequenz daraus, daß ehemalige dingliche Rechte sich bösgläubigen Erwerbern gegenüber zu behaupten vermögen, ebenso wie dies bei früherem berechtigtem Besitz der Fall ist.

d) Die Durchsetzung des Anspruchs

Schließlich bringt auch die Durchsetzung des Anspruchs keine gravierenden Schwierigkeiten mit sich. § 1007 BGB verpflichtet bei direkter wie analoger Anwendung den Empfänger, der seiner Unredlichkeit wegen den Besitz respektive das Eigentum herauszugeben hat. Der ursprüngliche Schuldner braucht also nicht – wie etwa bei relativer Unwirksamkeit einer Veräußerung nach den §§ 135 f. BGB – beteiligt zu werden. Alleiniger Klagegegner ist der jetzige Eigentümer, dessen Recht wie dasjenige seines Vorgängers dem fortwirkenden Zuweisungsgehalt des früheren Eigentümers zu weichen hat. Unzuträglichkeiten sind bei dieser Lösung nicht zu gewärtigen. Der ursprüngliche Schuldner hat, da er die Sache unentgeltlich erwarb, regelmäßig keine Gegenansprüche gegen den früheren Eigentümer, die bei der Rückabwicklung einzukalkulieren wären. Interessen des Käufers nach fehlgeschlagenem redlichem Erwerb achtet das Gesetz auch ansonsten gering, da es die Vindikation der Sache gestattet, ohne den Anspruchsgegner durch ein Zurückbehaltungsrecht für den Kaufpreis abzusichern, den er dem an der Rückabwicklung nicht beteiligten Verkäufer entrichtet hatte.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> Vgl. dazu schon oben § 6 III 3 b.

<sup>217</sup> Im übrigen wirkt es sich auf den Sukzessionsschutz als solchen nicht aus, wenn man den Verfügenden in die Rückabwicklung einschaltete oder etwa, in Anlehnung an die Verdinglichung durch eine Vormerkung, den Berechtigten an den ursprünglichen Schuldner verwies und ihm zur Realisierung seiner Befugnis gegen den dritten Erwerber lediglich einen Hilfsanspruch einräumte. Für relative Unwirksamkeit der weiteren Verfügungen des Nichtberechtigten tritt etwa *Krapp*, Rükckerwerb S. 118 ff. ein, ohne allerdings die Lösung dogmatisch zu fundieren.

## 4. Kapitel

### Der redliche Erwerb beweglicher Sachen

#### *§ 7 Die objektiven Voraussetzungen*

#### I. Die Modelle zur Rechtfertigung des redlichen Erwerbs

Das für den Erwerb erbrachte Opfer ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung. Es wäre auch de lege ferenda kaum anzuraten, auf das zusätzliche Moment der Redlichkeit zu verzichten: Wer über die fehlende Berechtigung seines Partners informiert ist, kann vom Geschäft über den bekanntermaßen fremden Gegenstand absehen. Dabei soll es indes nicht sein Bewenden haben. Nach dem Konzept der h. M. ist ein die neue Eigentumszuweisung erst legitimierender Rechtsschein unerlässlich, den man herkömmlich im Besitz bzw. unrichtigen Grundbuch vermutet.<sup>1</sup> Funktion und Reichweite eines derartigen Rechtsscheins schlagen sich – hält man andere Legitimationsmodelle dagegen – geradlinig in für dieses Konzept charakteristischen Ergebnissen nieder.<sup>2</sup>

##### *1. Die Vertrauensentsprechung*

Es drängt sich geradezu auf, den redlichen Erwerb in das System der Vertrauenshaftung – präziser: der Vertrauensentsprechung – zu integrieren.<sup>3</sup> Der Schluß von dem für den Erwerber manifesten Besitz bzw. von der Eintragung des Veräußerers im Grundbuch auf das materielle Recht entlastet ihn von der Kontrolle, ob denn sein Partner tatsächlich Rechtsinhaber sei.<sup>4</sup> Die Kontroverse, ob man an reales oder normatives Vertrauen anknüpfen dürfe, sowie Bedenken an der Tragfähigkeit des

---

<sup>1</sup> Vgl. genauer unten § 7 II 1 und § 10 I.

<sup>2</sup> Genug gestritten ist um historische Erklärungsmodelle (vgl. die umfassende Darstellung bei *Hübner*, Rechtsverlust S. 16 ff.). Nicht nur der Anknüpfungspunkt ist zweifelhaft, auch der Ertrag bleibt mager. Eine vor der Kodifikation gelegene, gerade nicht oder nur partiell rezipierte geschichtliche Entwicklung allein rechtfertigt eine positive Regelung nicht (vgl. statt aller *Baur*, § 52 I 2). Darauf, die Details aufzurollen, wird daher verzichtet.

<sup>3</sup> So schon *Wellspacher*, Vertrauen S. 1 f., 179 ff., 267; vgl. ferner z. B. *Frotz*, Festschrift für Kastner S. 146 ff.; v. *Craushaar*, Vertrauen S. 149 ff., 154 ff.; *Meyer*, Publizität S. 95; *Eichler*, Vertrauen S. 92 ff.; *ders.*, II 1 S. 157 ff. (mit je unterschiedlichen Systemen); *Westermann*, § 45 I 2; *ders.*, JuS 1963, 1 ff.; *Krapp*, Rückerwerb S. 44 f.; *Hubmann*, ZHR 120, 56; *Wiegand*, JuS 1978, 145 ff.; *Deutsch*, JZ 1978, 386; *Parodi*, AcP 185, 366 ff.; *Canaris* klammert zwar den redlichen Erwerb prinzipiell aus seinen Überlegungen aus (Vertrauenshaftung S. 3, 541 f. n. 1), überträgt im Einzelfall jedoch durchaus deren Erkenntnisse (z. B. Vertrauenshaftung S. 508); mit Modifikationen im einzelnen auch *Hübner*, Rechtsverlust S. 89 ff., 124; *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 18 f.; ablehnend *Wolff/Raiser*, § 68 II 1.

<sup>4</sup> *Baur*, § 52 I 2.

Ansatzes insgesamt<sup>5</sup> wirken angesichts der Antwort, die das Gesetz bereitzuhalten scheint, verfehlt. Ungeachtet aller Zweifel darf der Erwerber sich bis zur Grenze des positiven Wissens von der Unrichtigkeit auf das Grundbuch verlassen, desgleichen auf den Besitz bauen, soweit er nicht dabei grob fahrlässig die wahre Rechtslage mißdeutet.<sup>6</sup>

a) Die Voraussetzungen des konkreten Vertrauens

Die Einordnung zöge beträchtliche Konsequenzen nach sich. Der redliche Erwerb als Bestandteil der Vertrauenshaftung hätte sich im Grundsatz auch deren Tatbestandsvoraussetzungen anzupassen. Neben einem zurechenbar veranlaßten objektiven Rechtsschein hängt der Schutz des Erwerbers davon ab, daß er um die Vertrauensgrundlage als solche weiß, gestützt darauf disponiert, bezüglich der wahren Rechtslage aber redlich ist.<sup>7</sup> Hiervon kann man vielleicht noch Abstriche machen, wo das „reine Rechtsscheinprinzip“ des Grundbuchs auf die eine oder andere Voraussetzung – etwa die Kausalität<sup>8</sup> oder die Veranlassung des Rechtsscheins durch den wahren Inhaber<sup>9</sup> – zu verzichten scheint, wenngleich die besonders rigore Lösung des Gesetzes<sup>10</sup> zwar zur Kenntnis genommen, kaum aber bruchlos aus dem System der Vertrauenshaftung heraus abgeleitet werden könnte.<sup>11</sup> Zumindest die abstrakte Möglichkeit des Vertrauens, die etwa problematisch wird, wenn das Grundbuch erst nach der dinglichen Einigung unrichtig wird und den Verfügenden ausweist, dürfte man konsequenterweise nicht schlechtweg vernachlässigen.<sup>12</sup> Spätestens bei Verfügungen eines legitimierten Scheinerben oder aber im Falle der Veräußerung einer beweglichen Sache hätte man die die Vertrauensentsprechung charakterisierenden strengeren Maßstäbe anzulegen.

<sup>5</sup> Dieser Kontroverse und den darin involvierten Implikationen braucht hier nicht näher nachgegangen zu werden; vgl. etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 539 ff.; *Köndgen*, Selbstbindung S. 116; *Larenz*, Festschrift für Ballerstedt S. 401 f., 414 f.; *AK/Teubner*, § 242, 56; *Bohrer*, Dispositionsgarant S. 254 ff., 305; *Hobloch*, JuS 1977, 306; *Picker*, AcP 183, 419 ff.

<sup>6</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 492; *Köndgen*, Selbstbindung S. 99.

<sup>7</sup> Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung vgl. etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 491 ff.; *Capelle/Canaris*, § 6 II; *Schilken*, AcP 187, 4; speziell für den redlichen Erwerb nach dieser Konzeption etwa *Wiegand*, JuS 1978, 146; *Parodi*, AcP 185, 366 ff.

<sup>8</sup> Vgl. vorläufig etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 508 für das Grundbuch, anders aber für den Erbschein; *Staudinger/Gursky*, § 892, 6; *Wiegand*, JuS 1975, 207; wohl auch noch *ders.*, JuS 1978, 150.

<sup>9</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 8; ferner *Westermann/Eickmann*, § 10 I 1; *Westermann*, JuS 1963, 6.

<sup>10</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 8; *Lutter*, AcP 164, 125: fast grob wirkende Lösung.

<sup>11</sup> So muß man auf potentielles (*Staudinger/Gursky*, § 892, 6) bzw. mittelbares Vertrauen (*Canaris*, Vertrauenshaftung S. 508) abstellen; vgl. dazu genauer unten § 10 I 1. – Die Rede von abstraktem Vertrauen (so etwa *Schilken*, AcP 187, 7) ist unschädlich, solange sie sich bewußt bleibt, daß damit auf Anforderungen verzichtet wird, die an die Haftung aus konkretem Vertrauen zu stellen sind.

<sup>12</sup> Konsequenz daher *Wiegand*, JuS 1978, 150 gegen die ganz h. M.; vgl. zu diesem Problem unten § 10 II 1.

## b) Der fehlende Schutz trotz Erbringung der Gegenleistung

Mit Hilfe des Vertrauensgedankens läßt sich zudem schwerlich veranschaulichen, daß und warum die Rolle, die die Disposition des Erwerbers spielt, gemessen an den durchgängigen Regeln modifiziert wird. Die Investition des Erwerbers bleibt zwar unentbehrlich,<sup>13</sup> doch genügt nicht wie ansonsten<sup>14</sup> der obligatorische Vertrag, obgleich der Käufer ihn ausschließlich aufgrund des im Besitz bzw. Grundbuch zutage tretenden Rechtsscheins geschlossen, ja durch Tilgung des Kaufpreises schon einseitig erfüllt haben mag. Mehr an Disposition kann man von ihm schlechterdings nicht verlangen, andererseits angesichts der eindeutigen Fassung des Gesetzes nicht die Augen davor verschließen, daß erst die dingliche Einigung verbunden mit der Übergabe bzw. der Eintragung den Erwerber sichert.<sup>15</sup>

## 2. Der Verkehrsschutz

Nicht deutlich abgesetzt von der Vertrauenshaftung wird zumeist der Schutz des Verkehrs.<sup>16</sup> Die Nennung beider Legitimationsmuster oft in einem Atemzug erweckt den Eindruck, als gelte es nur auf einen allenfalls verstärkenden, im wesentlichen aber gleichartigen Geltungsgrund<sup>17</sup> hinzuweisen. Über der Attacke auf den

<sup>13</sup> Vgl. oben § 5 IV.

<sup>14</sup> Generell ist Vertrauen bereits mit dem Abschluß des obligatorischen und nicht erst des dinglichen Geschäfts manifestiert; die Vertrauenshaftung reduziert sich nicht auf das negative Interesse; vgl. etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 513. – Das darf nicht mit der Tatsache vermengt werden, daß auch das dingliche Geschäft die Regeln der Vertrauensentsprechung kennt (vgl. oben § 2 I 1). Dort geht es um die Frage, wem die Verfügung zuzuordnen ist, hier dagegen um die Anforderungen an die wirksame Veräußerung einer fremden Sache.

<sup>15</sup> Dieser Gesichtspunkt wird zwar meist nur dort ventiliert, wo man die Regelung des § 933 BGB hinterfragt (vgl. etwa *Heck*, Sachenrecht § 59, 4; v. *Lübnow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 213). Wäre aber wirklich der Besitz der Rechtsscheinträger, müßte man das Argument allgemeiner fassen.

<sup>16</sup> So schon Prot. III 81 = 3441 = Mugdan III 545; vgl. ferner RGZ 117, 257, 265; 119, 126, 129; 123, 52, 56; 129, 119, 121; 136, 148, 150; *Jauernig*, § 932 I 3; StudK/M. *Wolf*, §§ 932–934 I 1; *Erman/A. Schmidt*, vor §§ 932 ff., 1; MünchKomm/Quack, §§ 932 ff., 1; *Staudinger/Gursky*, § 892, 8; *Soergel/Mühl*, § 932, 1; *Planck/Brodmann*, vor §§ 932–935, 1; *Baur*, § 52 I 2; *Westermann/Eickmann*, § 101 I 1; skeptisch dagegen *Westermann*, § 45 III 2; *Wolff/Raiser*, § 68 II 1; *Heck*, Sachenrecht § 58 I 1; *Eichler*, II 1 S. 158; *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 619; *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 14; *Rebe*, AcP 173, 198; *Giehl*, AcP 161, 369; *Deutsch*, JZ 1978, 386; *Raiser*, JZ 1951, 270; *Bülow*, AcP 186, 579; *Wellspacher*, Vertrauen S. 18; *Frotz*, Festschrift für Kastner S. 133; *Pottschmidt/Rohr*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 259; *Schulze*, Liegenschaftserwerb S. 43; *Wadde*, JZ 1974, 695; *Valentin*, Gutgläubensschutz S. 68; *Krapp*, Rückerwerb S. 44; vgl. auch schon *Endemann*, Handelsrecht S. 53 Fn. 31; ablehnend etwa *Reichel*, Grünhut 42, 175 (anders 187); *Hübner*, Rechtsverlust S. 77; v. *Lübnow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 204 f.; skeptisch *Wiegand*, JuS 1974, 210 Fn. 113.

<sup>17</sup> RGZ 119, 126, 129; 123, 52, 56; 129, 119, 121; 136, 148, 150; StudK/M. *Wolf*, §§ 932–934 I 1; *Erman/A. Schmidt*, vor § 932, 1; MünchKomm/Quack, § 932, 1; *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 619; der Tendenz nach auch *Staudinger/Gursky*, § 892, 6; ablehnend zur Gleichstellung etwa *Wolff/Raiser*, § 68 II 1.

Verkehrsschutz als Rechtfertigung des redlichen Erwerbs – schwerpunktmäßig auf die rechtspolitische Kritik an der Entscheidung des BGB und den daran geknüpften Ruf nach einer Reform beschränkt<sup>18</sup> – auf der einen, einer umfassenden Zustimmung – vor allem für die Regel des § 892 BGB<sup>19</sup> – auf der anderen Seite kommt durchweg die Frage zu kurz, inwieweit Vertrauens- und Verkehrsschutz koinzidieren, ob nicht dieser im Gegensatz zur geläufigen Ansicht einen eigenen Erklärungswert zu beanspruchen hat. Ihn dem Vertrauensgedanken unterzuordnen, beschwört die Gefahr einer voreiligen Nivellierung herauf. Sieht man näher zu, so stößt man auf mehr Differenzen als Gemeinsamkeiten.

#### a) Das Modell der synallagmatischen Abwicklung

Zum einen braucht Verkehrsschutz nicht notwendigerweise konkretes Vertrauen zu reklamieren, das – problematisch genug – vom Besitz auf das Eigentum schließen muß. Man kann sich ebensogut mit der Tatsache begnügen, daß der Erwerber den Besitz auf Veranlassung seines Partners, erlangt. Damit verschiebt sich der Akzent vom Vertrauen weg auf das gesetzliche Muster synallagmatischer Abwicklung. Gekoppelt an die Verfügung des Partners, reicht das für den Erwerb investierte Opfer aus.<sup>20</sup> Leistet der Erwerber hingegen vor, so handelt er, wie generell, auf eigenes Risiko: Nimmt er in Kauf, in der Insolvenz seines Gegners leer auszugehen, so wirkt es sich gleichermaßen zu seinen Lasten aus, wenn sich nachträglich dessen fehlende Berechtigung herausstellt. Erst nach Erfüllung aller Tatbestandsvoraussetzungen des dinglichen Geschäfts, mit Ausnahme der Berechtigung des Verfügenden, wird auch der Schutz perfekt – erneut unter dem Vorbehalt, daß der Erwerber mit der eigenen Leistung zumindest begonnen haben muß. Das Postulat des dinglichen Vollzugs paßt sich nahtlos ins System ein.

#### b) Die prinzipielle Beschränkung des Risikos auf das jeweilige Rechtsgrundverhältnis

So verstanden, schneidet der Verkehrsschutz zum anderen die Fehler vorangegangener Geschäfte ab, mögen die §§ 932 Abs. 2, 935 BGB hier auch Durchbrechungen vorsehen. Prinzipiell besteht für den Erwerber weder Notwendigkeit noch Anlaß, sich darum zu kümmern, ob sein Partner wegen eines Erklärungsirrtums lediglich anfechtbares Eigentum erhalten hatte, die dingliche Einigung mit dessen Verkäufer an einem versteckten Dissens litt oder gar sittenwidrig war.<sup>21</sup> Verhindert wird da-

<sup>18</sup> Vgl. *Binding*, Ungerechtigkeit S. 47 ff., der freilich S. 37 ff. eine sehr weit gehende Berichtigung durch Auslegung fordert; v. *Lübnow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 202 ff.; *Hübner*, Rechtsverlust S. 81 ff.; *Reichel*, Grünhut 42, 174 ff.; *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 16 f.

<sup>19</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Gursky*, § 892, 8; *Baur*, § 23 I 4.

<sup>20</sup> Ähnlich *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 155 Fn. 309.

<sup>21</sup> Insoweit reicht der redliche Erwerb weiter als das Abstraktionsprinzip, das allein gegen Mängel des vorangegangenen dinglichen Geschäfts seiner Natur gemäß kein Mittel zur Verfügung stellen kann. – Mängel des Valutaverhältnisses werden dagegen nicht überspielt; vgl. insbesondere unten § 9 III.



durch nicht nur die schwer praktikable Konsequenz, daß der Käufer die gesamte Kette seiner Vorgänger zu kontrollieren hätte, falls er vor unliebsamen Überraschungen gesichert sein will,<sup>22</sup> man schützt ihn vornehmlich vor einer erst durch die Verjährung bzw. Ersitzung gestoppten Rückabwicklungslawine, sollte sich ein Mangel dennoch eingeschlichen haben.

Eine Vindikation des Eigentümers direkt gegen den jetzigen Besitzer brächte all die Verwerfungen mit sich, die nicht nur den Gesetzgeber zur Ablehnung der Versionsklage,<sup>23</sup> sondern die die h.M. nach langer, durchaus heterogener Diskussion dazu bewogen haben, die Durchgriffskondition im bereicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnis grundsätzlich abzuschneiden,<sup>24</sup> wengleich dies bisweilen durch eine auf den (verfehlten) Primat der Leistungsbeziehung fixierte Sicht<sup>25</sup> unterzugehen droht. In der Tat kehren alle dort bemühten Gesichtspunkte wieder: Den Parteien sollen – soweit nicht der Empfänger unredlich ist oder der Verlust dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist – die Einwendungen gegen den Kontrahenten des jeweiligen Kausalverhältnisses erhalten bleiben, umgekehrt verdienen sie es, mit Einwendungen ihres Vertragsgegners aus dem Verhältnis zu Dritten in Ruhe gelassen zu werden, schließlich geht es um die gerechte Verteilung des Konkursrisikos, das nur die jeweilige Gegenseite treffen soll.<sup>26</sup>

Es kommt daher nicht von ungefähr, sondern spiegelt geradezu zwangsläufig den einheitlichen Ausgangspunkt wider, daß die Wertungen des Sachenrechts hier mit

<sup>22</sup> Baur, § 52 I 2 a; Wolff/Raiser, § 68 II 1; Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht Rdn. 259; ähnlich Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 15; auch schon Meyer, Publizität S. 84.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu etwa die Darstellung bei König, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 183f.; Reuter/Martinek, § 1 II 2 = S. 18ff. – Die Kritik von MünchKomm/Lieb, § 812, 239 und Thielmann, AcP 187, 27f. richtet sich dagegen, das Verbot der Versionsklage für das Subsidiaritätsdogma im Bereicherungsrecht zu vereinnahmen.

<sup>24</sup> Das ist im großen und ganzen heute fast unstrittig; vgl. für Fehler im Valutaverhältnis, die nur dort zur Rückabwicklung führen, etwa MünchKomm/Lieb, § 812, 37; Staudinger/Lorenz, § 812, 49; Erman/H. P. Westermann, § 812, 16; Koppensteiner/Kramer, S. 26f.; Reeb, Bereicherungsrecht S. 24f.; Weitnauer, Festschrift für v. Caemmerer S. 282; für den Fall des Doppelmangels MünchKomm/Lieb, § 812, 38 mwN.; Staudinger/Lorenz, § 812, 54; Erman/H. P. Westermann, § 812, 37; Larenz, II § 68 IIIb; Esser/Weyers, § 48 III 3c; Koppensteiner/Kramer, S. 27f.; Reeb, Bereicherungsrecht S. 25f.; Canaris, Festschrift für Larenz I S. 819; Weitnauer, Festschrift für v. Caemmerer S. 283. Die Kontroverse über den Gegenstand des „Erlangten“ kann hier dahingestellt bleiben.

<sup>25</sup> Früher grenzte man anhand der Leistung an den Schuldner ab, während heute die Leistung des Gläubigers im Zentrum steht; vgl. den Überblick bei MünchKomm/Lieb, § 812, 232ff. sowie zur neueren, nach wie vor verfochtenen Auffassung etwa BGHZ 56, 228, 240f.; RGRK/Heimann-Trosien, § 812, 41; Esser, II<sup>1</sup> § 104 vor I und nunmehr vor allem Reuter/Martinek, § 10 II 2, 3 = S. 404ff.; Beuthien, JuS 1987, 844f.

<sup>26</sup> Auch diese Kriterien sind heute weitgehend anerkannt; vgl. etwa MünchKomm/Lieb, § 812, 39; ausführlich Canaris, Festschrift für Larenz I S. 802f. mit umfangr. Nachw.; ferner Esser/Weyers, § 48 III 1b; Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 667f.; H. P. Westermann, JuS 1968, 21; Wieling, JuS 1978, 803; Köndgen, Festgabe für Esser S. 65; König, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 181; zum Teil auch Larenz, II § 68 III vor a = S. 535.

denen des Bereicherungsrechts kongruieren.<sup>27</sup> Das tritt zwar für die abgekürzte Zuwendung von beweglichen Sachen im Dreiecksverhältnis oft gar nicht deutlich ins Bewußtsein, schon weil angesichts der Konkurrenz von § 985 BGB mit § 812 Abs. 1 S. 1 BGB die Übereinstimmung ohnedies evident ist. In der Tat müßte sich jede abweichende Konzeption den Vorwurf grober Inkonsequenz gefallen lassen: Man kann nicht die Durchgriffskondiktion gestatten, wo die Vindikation durch die §§ 932 ff. BGB verwehrt ist.

Die Parallele wird dagegen augenfällig, wenn die Eigentumsklage wegen des Untergangs der Sache nicht zum Erfolg führen kann,<sup>28</sup> noch deutlicher, sobald der rechtsgeschäftliche Erwerb im Valutaverhältnis mangelhaft ist oder gar fehlt, das Eigentum aber von Gesetzes wegen übergeht, wie dies etwa die §§ 946 ff. BGB vorsehen. Die §§ 932 ff. BGB stellen die Maßstäbe bereit, die Person des Konditionsschuldners zu ermitteln.<sup>29</sup> Vorschläge jüngeren Datums, die den Primat der Leistungsbeziehung betonen und so die §§ 946 ff. BGB zu kondiktionsfreien Erwerbstatbeständen hochstilisieren,<sup>30</sup> kommen schon angesichts des Begriffs der Verfügung nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB in Bedrängnis. Die §§ 946 ff. BGB regeln nicht

---

<sup>27</sup> BGHZ 56, 228, 241 unter Bezugnahme auf die Ablehnung der Versionsklage, wobei das Gericht es freilich noch mißbilligt, auch auf die Gutgläubigkeit des Bauherrn abzustellen; ebenso im Ergebnis auch BGHZ 55, 176, 177; 102, 293, 309 (ohne nähere Problematisierung); offen im Ergebnis BGH WM 1978, 1053, 1054. Der Gesichtspunkt wird jedoch von der ganz herrschenden Literatur favorisiert; vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 951, 1 d cc; *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 85; *MünchKomm/Lieb*, § 812, 236 f.; *Soergel/Mühl*, § 812, 131; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 62; *Staudinger/Gursky*, § 951, 12 ff. mit umfangr. Nachw.; *Westermann*, § 54, 3; *Larenz*, II § 68 III a; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 729 f.; *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 855 f.; ausführlich *Thielmann*, AcP 187, 34 ff.; vgl. ferner *Koppensteiner/Kramer*, S. 108 f.; *Reeb*, Bereicherungsrecht S. 54 ff.; *G. Hager*, Symposium König S. 172; *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 155 Fn. 309; *v. Caemmerer*, Festschrift für Rabel I S. 391 Fn. 217; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 182, 211; *U. Meyer*, Bereicherungsausgleich S. 81; *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 99 f.; *Huber*, NJW 1968, 1909; *ders.*, JuS 1970, 346; *H. P. Westermann*, JuS 1972, 23; *Jakobs*, JuS 1973, 154 f.; *Pinger*, AcP 179, 328; *Loewenheim/Winckler*, JuS 1983, 686 f.; im Ergebnis auch *Baur*, § 53 c II 2 b aa.

<sup>28</sup> Vgl. nur BGHZ 14, 7, 9, dessen Ergebnis nur deshalb richtig ist, weil das Benzin gestohlen war. Denn die pauschale – etwa auch unterschlagene und dann weiterveräußertes Benzin umfassende – Formulierung des BGH geht viel zu weit. – Ob die §§ 932 ff. BGB parallel auch zu dem Fall liegen, daß die Anweisung fehlt (so etwa *Canaris*, WM 1980, 358 f.; a. A. z. B. *MünchKomm/Lieb*, § 812, 56 ff., 70 a ff.), erscheint eher zweifelhaft: Dort geht es um die Frage, ob dem vermeintlich Anweisenden – also dem bei Bereicherungsketten in der Mitte Stehenden – die (scheinbare) Anweisung zugerechnet werden kann, während die §§ 932 ff. BGB den Konflikt zwischen den an den beiden Endpunkten befindlichen Personen regeln, also etwa danach fragen, ob der Erstverkäufer minderjährig und ihm die Weggabe daher nicht zuzurechnen war. Die Übertragung des Maßstabs wäre also eine allenfalls mittelbare.

<sup>29</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 27; die dort genannten Autoren äußern sich primär zu den Einbaufällen.

<sup>30</sup> *Reuter/Martinek*, § 10 II 2 b = S. 404 ff.; § 12 II = S. 458 ff.; *Schlechtriem*, Symposium König S. 69 f.; *ders.*, ZHR 149, 333; *Beuthien*, JuS 1987, 844; ablehnend *MünchKomm/Lieb*, § 812, 238; *ders.*, AcP 186, 519; *Lorenz*, JZ 1984, 615; *Weitnauer*, DB 1984, 2499; *Thielmann*, AcP 187, 31 ff.

einen rechtsgeschäftlichen Übergang, den § 816 BGB bei Entgeltlichkeit kondiktionsfest ausgestaltet hat; daß die Vorschriften schuldrechtliche Ausgleichsansprüche verhindern sollen, ist ihrer Zielsetzung<sup>31</sup> nicht zu entnehmen. Der Frage braucht indes nicht in allen Einzelheiten nachgegangen zu werden. Wer (auch) den §§ 946 ff. BGB Modellcharakter für das Kondiktionsrecht zubilligt, kehrt deswegen keineswegs zum Konzept einer Vertrauenshaftung zurück. Auch er knüpft daran an, daß der Einbau tatsächlich erfolgt ist, braucht der Frage, ob der spätere Eigentümer durch einen konkreten Rechtsschein zu einer Disposition veranlaßt wurde, dagegen keinerlei Tragweite beizumessen.

Die paradigmatische Rolle des Bereicherungsrechts reflektiert die Entbehrlichkeit konkreten Vertrauens. Nicht auf einem das dingliche Geschäft notwendigerweise erst motivierenden Rechtsschein fußt der Verkehrsschutz, sondern allein, vor allem unabhängig von Kenntnis und Kausalität, auf der Vollendung der Verfügung, die regelmäßig vor der Rechtsordnung Bestand hat, soweit sie selbst in den übrigen Tatbestandsvoraussetzungen fehlerlos ist.

Eine solche Argumentation bemängelt nicht einen Zirkelschluß. Nicht die Parallele zu den §§ 932 ff. BGB im Bereicherungsrecht legitimiert ihrerseits diese Normen. Eingebunden in die Interpretation der §§ 812 ff. BGB, tritt die Aufgabe der §§ 932 ff. BGB klarer hervor als im originären Geltungsbereich. Beide Normgruppen basieren auf einem Prinzip: Nach perfekter Verfügung brauchen sich redliche Kontrahenten um Fehler vorangegangener Geschäfte nicht zu kümmern, soweit nicht Schutzprinzipien zugunsten eines ihrer Rechtsvorgänger entgegenstehen.

### 3. Die Risikozuweisung nach dem Kriterium der Effizienz – die ökonomische Analyse des Rechts

Einem aktuellen Trend folgend, hat man die ökonomische Analyse des Rechts auch für den redlichen Erwerb fruchtbar zu machen versucht. Das Risiko sei dem Rechtsinhaber als demjenigen zuzuweisen, der es besser beherrschen oder mit geringerem Aufwand hätte vermeiden können.<sup>32</sup> Es ist hier nicht der Platz, Prämissen und Konsequenzen dieses Ansatzes in allen Details zu erörtern. Einige Anmerkungen müssen genügen.<sup>33</sup>

#### a) Die beschränkte Aussagekraft ökonomischer Modelle

Schon die eigenen Axiome und Deduktionen der ökonomischen Analyse deuten auf eine eher beschränkte Aussagekraft hin.

(1) Wenig einheitlich beurteilen ihre Vertreter Einzelfragen. So stützt man Verteidigung wie Ablehnung des Besitzes als Rechtsscheinträger<sup>34</sup> in gleicher Weise auf

<sup>31</sup> Vgl. den Überblick über die verschiedenen Konzepte bei *Staudinger/Wiegand*, § 950, 1–6.

<sup>32</sup> *Adams*, Sicherungsrechte S. 189; *Walz*, KritV 1986, 145; *AK/Reich*, §§ 932 f., 3.

<sup>33</sup> Auch die Nachweise beschränken sich angesichts einer ins Uferlose angewachsenen Literatur auf exemplarische bzw. für den redlichen Erwerb speziell einschlägige Belege.

<sup>34</sup> Vgl. *Adams*, Sicherungsrechte S. 188 einerseits (befürwortend); *AK/Reich*, vor §§ 929 ff., 24 andererseits (ablehnend).

das Argument der Effizienz. Konträre Ergebnisse kennzeichnen die Diskussion, ob gestohlene Güter gutgläubig sollen erworben werden können. Gilt den einen der Eigentümer als derjenige, der mit den geringsten sozialen Kosten die Entziehung und damit die Belastung Dritter mit externen Effekten hätte verhindern können, sei die Regelung demgemäß nur deshalb in Kraft geblieben, weil dank ihrer äußerst geringen Bedeutung im Wirtschaftsverkehr bisher keine nennenswerten Friktionen entstanden seien,<sup>35</sup> so hat sie für andere ihre Bewährungsprobe im großen und ganzen bestanden. In den Vereinigten Staaten sei sie schließlich seit über 200 Jahren in Kraft und habe so ihre Effizienz belegt.<sup>36</sup>

Die Rechtsvergleichung macht ferner auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Problembewältigung aufmerksam. Die Schattierungen greifen von gänzlicher Ablehnung über das Lösungsrecht bis hin zum redlichen Erwerb gestohlener Güter aus.<sup>37</sup> Ganz offensichtlich sind die Wohlfahrtsverluste in keinem der Modelle so einschneidend, daß sie eine andere, effizientere Regelung erzwingen würden, um so mehr, wenn man die Langlebigkeit einer Norm als Indiz für ihre Effizienz wertet.<sup>38</sup>

(2) Der Dissens mag auch darauf beruhen, daß sich schon die relevanten Daten nur unter Schwierigkeiten ermitteln lassen. Inwieweit der Verkehr durch die jeweilige Ausformulierung gesetzlicher Regeln gefördert oder behindert wird, welche externen Effekte entstehen bzw. vermieden werden, beruht auf einer Vielzahl von Faktoren.

Fast schon rührend wirkt der Versuch, die Möglichkeit redlichen Erwerbs gestohlener Güter in ihren Auswirkungen zu ergründen: Der Preis hänge von der Menge der durch Diebstahl zu beschaffenden Güter ab, diese wiederum von der Aussicht, Diebesnachwuchs heranzuziehen, ebenso von der verfügbaren Zeit usw.<sup>39</sup> Will man die Entwendung als gesamtwirtschaftlich unerwünscht tunlichst unterbinden, müßte man noch die erhöhten Kosten für polizeiliche Ermittlungen und ähnliches ins Kalkül aufnehmen. Umgekehrt greift auch die These, der Eigentümer sei stets in der Lage, kostengünstiger zu überprüfen, ob der Besitzer sich im Rahmen der vom Berechtigten gesetzten Grenzen halte,<sup>40</sup> zumindest dann zu kurz, wenn im Normalfall Dokumente vorgelegt werden können. Die allgemein akzeptierte Ansicht, der

<sup>35</sup> *Adams*, Sicherungsrechte S. 189 Fn. 1; *Walz*, KritV 1986, 145. – Die §§ 104 ff. BGB, die – wie zu zeigen sein wird (vgl. unten § 9 II 1) – den vom Gesetz mit dem Begriff des Abhandenkommens umschriebenen Zurechnungszusammenhang wertungsmäßig auffüllen, verteidigen *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse S. 8 mit dem Hinweis, eine andere Regelung könnte zur Fehlallokation von Ressourcen führen (vgl. auch unten Fn. 65).

<sup>36</sup> *Weinberg*, Journal of Legal Studies 9 (1980), 586 mit Fn. 69.

<sup>37</sup> Vgl. die Auflistung bei *Siehr*, ZVglRWiss 80 (1981), 274 mwN.

<sup>38</sup> So etwa *Posner*, Economic Analysis S. 441; *Weinberg*, Journal of Legal Studies 9 (1980), 586 Fn. 69.

<sup>39</sup> *Weinberg*, Journal of Legal Studies 9 (1980), 579 f.

<sup>40</sup> *Adams*, Sicherungsrechte S. 189 Fn. 1. – Wollte man obendrein die Vermeidbarkeit im Einzelfall ins Zentrum rücken, geriete man in das schwierige und sicherlich auch effizienzmindernde Problem, denjenigen aufzuspüren, der die Kollision widerstreitender Interessen mit dem geringeren Aufwand hätte vermeiden können.

Erwerber eines Kraftfahrzeugs werde mangels Redlichkeit nicht geschützt, wenn er sich nicht den Kfz-Brief vorlegen lasse,<sup>41</sup> belegt nicht nur für diesen Fall das Gegenteil: Die konkreten Umstände können eine recht umfassende Nachforschungsobliegenheit des Erwerbers anraten.

Im Vordergrund kann insbesondere bei Unikaten der Konflikt zwischen dem grundrechtlich garantierten Bestandsinteresse des Eigentümers und dem Erwerbsinteresse des Käufers stehen; die mit der Zuweisung verknüpften Kosten treten demgegenüber zurück. Das ökonomische Wohlfahrtsmaximum zu ermitteln setzt dann nicht die Bewertung und den Vergleich (fungibler) Produktionsfaktoren voraus, sondern die Gegenüberstellung des individuellen Nutzens anhand einer kardinalen Skala – ein Verfahren, dem man seit langem mit gehöriger Skepsis begegnet.<sup>42</sup>

(3) Verbindliche Aussagen kann die ökonomische Analyse nur über den Teilaspekt der Effizienz machen, nämlich die optimale Allokation von Produktionsfaktoren: Sie tendieren dorthin, wo sie – bezogen auf ihren Preis – den höchsten Grenzertrag erzielen.<sup>43</sup>

Darauf läuft auch das Credo der ökonomischen Analyse – das Coase-Theorem – hinaus: Läßt man die Transaktionskosten außer acht, werden sich die Produktionsfaktoren dort ansiedeln, wo sie den größten Gewinn abwerfen, und zwar unabhängig von der ursprünglichen Zuweisung durch das Rechtssystem.<sup>44</sup> Es ist hier weder geboten noch möglich, dem Streit innerhalb der Ökonomie über den Stellenwert dieser These, ihre Vereinbarkeit mit der Markttheorie, gar über die unterschiedlichen Interpretationen nachzuspüren,<sup>45</sup> es genügt, zu unterstreichen, daß aus dem Theorem als solchem noch nichts folgt, was über anerkannte mikroökonomische Grundsätze hinausginge.<sup>46</sup>

Sprenkraft erhält die Theorie erst, wenn man aus ihr das weitergehende Postulat

<sup>41</sup> Vgl. statt aller BGH NJW 1967, 1022, 1024; 1975, 735, 736 mwN.

<sup>42</sup> Wegen dieser Schwierigkeit hat man weithin die kardinale durch die ordinale Nutzenfunktion ersetzt (vgl. etwa Külp, Wohlfahrtsökonomik I S. 6; Ott, Grundzüge der Preistheorie S. 74), was die Möglichkeit eines interpersonellen Vergleichs gerade ausschließt (Behrens, Rechtstheorie 1981, 475; Külp, Wohlfahrtsökonomik I S. 6).

<sup>43</sup> Külp, Wohlfahrtsökonomik I S. 40f.; Ott, Grundzüge der Preistheorie S. 123; Ott/Schäfer, JZ 1988, 215.

<sup>44</sup> Coase, bei Assmann S. 156, 158, 194 und öfter; Posner, Economic Analysis S. 35; ausführliche Darstellung bei Wegehenkel, S. 124 ff.; Behrens, Ökonomische Grundlagen S. 118 ff.

<sup>45</sup> Dazu etwa Wegehenkel, S. 45 ff. mit ausführlichen Modellrechnungen zu (kurzfristigen) Ineffizienz des Systems von Coase; Veljanovski, Kyklos 35 (1982), 53 ff.; Mitchell Polinski, bei Assmann S. 126 ff.

<sup>46</sup> Wegehenkel, S. 113; allgemein auch Külp, Wohlfahrtsökonomik I S. 39 ff.; Henderson/Quandt, S. 238 f. zur optimalen Allokation von Produktionsfaktoren; vgl. auch Gottbold, ZHR 144, 557. – In doppelter Hinsicht haben Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse S. 73 diese Einwände kritisiert. Einmal habe Coase nachgewiesen, daß alternative Ausstattungen am Ergebnis nichts änderten – was Schäfer/Ott, S. 75 jedoch sogleich wieder einschränken: Die Verteilungswirkung alternativer Arrangements müsse allokatonsneutral sein. Zum anderen habe Coase die Bedeutung von Transaktionskosten in den Blick gerückt; deren Funktion als Produktionsfaktoren ist jedoch nicht neu; vgl. unten Fn. 61.

ableitet, zur Verminderung von Transaktionskosten seien die Produktionsfaktoren von vornherein dort anzusiedeln, wo sie zum größten (Grenz-)Ertrag führten.<sup>47</sup> Damit geht jedenfalls eine Änderung der Verteilung der Ressourcen einher.<sup>48</sup> Das Terrain derjenigen Aussagen, die sich auch nur innerhalb der Ökonomie im großen und ganzen auf Konsens stützen können, endet indes mit dem Paretokriterium. Dieses ist definiert als diejenige Situation, in der man Produktion und Einkommensverteilung nicht ändern kann, um den Nutzen eines oder mehrerer Individuen zu erhöhen, ohne gleichzeitig den Nutzen anderer zu senken.<sup>49</sup> Sieht man von externen Konsumeffekten ab,<sup>50</sup> so ist eine Umverteilung mit dem Paretokriterium auch dann nicht zu legitimieren, wenn sie größeren Gesamtnutzen – bezogen auf die Gesellschaft als ganze – versprechen sollte. Es schließt einen interpersonellen Nutzenvergleich ausdrücklich aus. Eine Umverteilung ist erst zu erwägen, wo eine Gesellschaft in der Lage ist, die unterschiedliche Distribution von Nutzen eindeutig zu bewerten.<sup>51</sup> Die Kompetenz des Paretokriteriums ist damit überschritten;<sup>52</sup> es setzt eine gegebene Verteilung gerade voraus.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> So etwa die Formulierung bei *Posner*, *Economic Analysis*<sup>1</sup> S. 18; ähnlich nunmehr *ders.*, *Economic Analysis* S. 180; *Coase*, bei *Assmann* S. 169 spricht davon, daß es offenbar wünschenswert sei, die Notwendigkeit von Transaktionen zu verhindern und auf diese Weise den Einsatz von Ressourcen für solche Transaktionen zu reduzieren; *Walz*, *KritV* 1986, 150; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* S. 81; *dies.*, *JZ* 1988, 216: Den Normen des geltenden Rechts kommt aus der Sicht der ökonomischen Analyse damit die Aufgabe zu, durch *Zuordnung* von Handlungsrechten Risiken und Kosten so zu verteilen, daß der gesellschaftlich wünschenswerte Zustand der Effizienz erreicht wird, der sich unter den Bedingungen vollständiger Konkurrenz und der Abwesenheit von Transaktionskosten über den Markt einstellen würde ... (Hervorhebung nicht im Original); vgl. ferner *dies.*, *JZ* 1988, 217, 218: Unterbindung der Verschwendung durch Fehlallokation von Ressourcen; vgl. auch die Darstellung bei *Hutter*, *ZHR* 144, 644; *Gottbold*, *ZHR* 144, 557; *Kötz*, *Sozialwissenschaften* S. 241; *Behrens*, *Rechtstheorie* 1981, 473, der die einseitige Orientierung am Kriterium der Effizienz als Eigenart von *Posner* charakterisiert, die nicht stellvertretend für die ökonomische Analyse sei; *ders.*, *Ökonomische Grundlagen* S. 159 will das Kriterium als zentrale vertragsrechtspolitische Forderung für die Zuteilung von Risiken dienstbar machen.

<sup>48</sup> Vgl. etwa *J. Schmidt*, *AcP* 175, 248 f., exemplifiziert am Recht zu emittieren.

<sup>49</sup> *Külp*, *Wohlfahrtsökonomik* I S. 6, 45; *Henderson/Quandt*, S. 235.

<sup>50</sup> Externe Konsumeffekte liegen vor, wenn der Spenderhaushalt durch die Abgabe seinen Nutzen erhöht (*Külp*, *Wohlfahrtsökonomik* I S. 96). Eine solche Ausnahme – der Erwerber verhindert den Erwerb, der ihm aus gesellschaftlichen Rücksichtnahmen dem Eigentümer gegenüber unangenehm wäre – kann nicht generell zugrunde gelegt werden.

<sup>51</sup> Vgl. z. B. *Külp*, *Wohlfahrtsökonomik* I S. 48, 91; *Wegehenkel*, S. 59; *Henderson/Quandt*, S. 261 f. zur Auswirkung der Umverteilung auf die kollektiven Indifferenzkurven. Das optimum optimum kann sich dadurch ändern, damit auch die (erst intendierte) Faktorverwendung.

<sup>52</sup> *Henderson/Quandt*, S. 235; *Mitchell Polinski*, bei *Assmann* S. 124: Erste Aufgabe ist die Verteilung, erst dann kann die paretooptimale Produktion ermittelt werden; ähnlich *Hutter*, *ZHR* 144, 644; aus juristischer Perspektive etwa *Köhler*, *ZHR* 144, 608: Teure Milch, die nur den Katzen der Reichen, nicht aber den Kindern der Armen zugute kommt, läßt sich mit Effizienz nicht rechtfertigen; *Behrens*, *Ökonomische Grundlagen* S. 91 f.; *ders.*, *Rechtstheorie* 1981, 478; *Esser/Schmidt*, § 2 IV 1.

<sup>53</sup> *Henderson/Quandt*, S. 243; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* S. 25; *Calabresi/Mela-*

Doch auch andere Modelle stoßen bald an ihre Grenzen: Das Kaldor-Hicks-Kriterium, das soziale Situationen als überlegen einschätzt, wenn der Gesamtnutzen steigt, die Verlierer aber für ihre Einbuße entschädigt werden können,<sup>54</sup> vermag auf die Bewertung konkurrierender Positionen nicht zu verzichten.<sup>55</sup> Der Gefahr von Transaktionskosten, die ebenso gewaltige Dimensionen erreichen können wie die Aufwendungen für einen Güteraustausch über den Markt,<sup>56</sup> ist man nicht enthoben, weswegen auch die Entscheidung, ob tatsächlich der verlierende Teil Kompensation beanspruchen kann, der politischen Instanz überantwortet bleibt.<sup>57</sup> Die These einer Generalkompensation baut auf den Ideen von *Kaldor-Hicks* auf, erweitert sie jedoch um den zeitlichen Faktor: Die Verbesserung wirtschaftlicher Effizienz käme etappenweise allen Mitgliedern zugute, so daß sich letztendlich die Inhaber jedes Perzentils auf der Verteilungsskala besser stellen.<sup>58</sup> Sie kann gleichwohl nur eine – mehr oder weniger große – Wahrscheinlichkeit für eine derartige Entwicklung reklamieren,<sup>59</sup> muß auch langfristige Defizite einzelner Individuen bzw. Gruppen in Kauf nehmen.<sup>60</sup>

Die grundlegenden Einwände gegen das Coase-Theorem liegen noch tiefer. Im Endeffekt schafft man den Markt ab, wenn man alle Produktionsfaktoren eigentumsrechtlich von vornherein dort alloziert, wo sie am effizientesten sind.<sup>61</sup>

*med*, Harvard Law Review 85 (1972), 1096: Möglicherweise kann die ökonomische Analyse über die Folgen verschiedener Verteilung informieren, was jedoch nicht heißt, daß damit die Entscheidungskriterien feststünden; aus juristischer Sicht vgl. etwa *Walz*, in Sozialwissenschaften S. 15; *Behrens*, Ökonomische Grundlagen S. 188, 194; *ders.*, Rechtstheorie 1981, 478; *Esser/Schmidt*, § 2 IV 1; *J. Schmidt*, AcP 175, 248 f.

<sup>54</sup> Vgl. die Darstellung bei *Külp*, Wohlfahrtsökonomik I S. 109 ff.; *Henderson/Quandt*, S. 257; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse S. 30; *dies.*, JZ 1988, 218.

<sup>55</sup> Vgl. nur *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse mit dem Nachweis, daß die Auktionsregel von *Posner* nicht unbedingt einen Fortschritt bringt.

<sup>56</sup> *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse S. 30, 36. – Man denke nur daran, daß oft weniger die Tatsache der Enteignung als solche, sondern die Höhe der Entschädigung Veranlassung zu gerichtlichen Verfahren gibt. – Die Kombination des Kriteriums von *Posner* (vgl. bei Fn. 47) mit dem Modell von *Kaldor-Hicks* (so der Vorschlag von *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse S. 81) würde – jedenfalls bei tatsächlicher Entschädigung – mitnichten zwingend die Transaktionskosten verringern.

<sup>57</sup> *Külp*, Wohlfahrtsökonomik I S. 111 f.; *Henderson/Quandt*, S. 258; *Behrens*, Ökonomische Grundlagen S. 93.

<sup>58</sup> *C. C. v. Weizsäcker*, in Neumann S. 126 ff.; *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 288.

<sup>59</sup> So *C. C. v. Weizsäcker*, in Neumann S. 129.

<sup>60</sup> *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse S. 37; *dies.*, JZ 1988, 218 räumen ein, daß hier noch eine Reihe von Fragen geklärt werden muß.

<sup>61</sup> *Weghenkel*, S. 44 weist darauf hin, daß man alle Produktionskosten genau genommen als spezielle Ausprägungen von Transaktionskosten begreifen kann. Die im Modell der vollkommenen Konkurrenz vorhandenen Transaktionskosten seien als Produktionsfaktoren definiert, weshalb sie von der Nulltransaktionskostenannahme nicht betroffen seien. – Jedenfalls die Primärfaktoren müssen daher vom Coase-Theorem ausgenommen werden. Denn, um die Fragwürdigkeit einer reinen Effizienzbetrachtung auf die Spitze zu treiben: Selbst wenn unter dem Aspekt optimaler Effizienz der Faktor Arbeitskraft beim Produzenten besser alloziert wäre als beim Arbeitnehmer, wofür immerhin spricht, daß sich der Markt auch durch hohe

Gerade Probleme der Verteilung sind tangiert, sofern Risiken einer Partei zugeordnet werden. Selbst wenn sich nachweisen ließe, daß dem Eigentümer gesamtwirtschaftlich gesehen die geringsten Kosten entstünden, die Verfügung des Nichtberechtigten zu verhindern, selbst wenn man ihm deshalb die Gefahr des redlichen Erwerbs zur Gänze überbürden wollte, so muß man sich bewußt sein, daß man dadurch in die Verteilung eingreift – was im Ergebnis durchaus legitim sein mag, mit rein ökonomischen Kriterien aber nicht mehr gerechtfertigt werden kann.<sup>62</sup>

(4) Noch mehr als die Verteilung der Produktionsfaktoren ist die dritte Komponente des Modells dem rein ökonomischen Kalkül entzogen, die „Gerechtigkeit“.<sup>63</sup> Will man sie nicht unzulässigerweise auf das Moment der Effizienz reduzieren, sondern als eigenständigen Faktor einbinden, so versagen rein ökonomische Paradigmata. Die Analyse kann eventuell noch den Preis der Gerechtigkeit aufzeigen, Evidenzerfahrungen angeben wie diejenige, eine durchgängig ineffiziente Gesellschaft oder Rechtsordnung sei in jedem Fall ungerecht.<sup>64</sup> Das Kriterium aufzufüllen, ist ein rein ökonomischer Ansatz nicht imstande; das ist Domäne der Politik. Das

---

Kosten von einer Transaktion nicht abhalten läßt (a.A. *Posner*, *Journal of Legal Studies* 8 (1979), 134, da der jeweils Betroffene seine Arbeitskraft vermutlich selbst am höchsten bewertet; das hat mit dem Effizienzkriterium nichts zu tun; vgl. auch *Behrens*, *Ökonomische Grundlagen* S. 196), so führte sich Sklaverei als Konsequenz des Strebens nach Effizienz selbst ad absurdum. Das Kalkül, ob die Arbeit freier Leute billiger sei, braucht dafür nicht bemüht zu werden.

<sup>62</sup> Vgl. *Fezer*, JZ 1986, 823 mwN.; eingeräumt auch von *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 215; vgl. dazu das Beispiel von *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* S. 83. Die Entwicklung eines neuen Eingangskontrollverfahrens läßt den Käufer zum billigeren Prüfer werden. Wenn ihm die Kontrolle per Rechtsordnung auferlegt wird, steigen seine Kosten, ohne daß er Kompensation beanspruchen kann. – Die Schwierigkeiten beseitigt auch der Vorschlag nicht, nach dem Leistungsprinzip – korrigiert durch das Bedarfsprinzip – zu verteilen (*Behrens*, *Ökonomische Grundlagen* S. 97ff.) und sich dabei vom Postulat der Abstraktheit, Universalität und Allgemeinheit leiten zu lassen (S. 123f.). Ob eine reibungslose Abgrenzung der Eigentumsrechte möglich ist, erscheint fraglich (bejahend *Behrens*, S. 179ff.; a.A. etwa *Wegehenkel*, S. 28f.) – schon im Eisenbahnbeispiel von *Coase* (anders *Behrens*, S. 180, der hier „eindeutig“ den Bauern als Inhaber ansieht), erst recht bei sonstigen Konflikten, wobei hier nur Lärmimmissionen erwähnt seien. Der weitere Schritt, die Reallokation mit Hilfe des *Coase*-Theorems (S. 173ff.), verändert die Verteilung, der die Möglichkeit oder gar der Zwang zur Kompensation nicht notwendig parallel läuft. Das Postulat, Risiken derjenigen Partei aufzuerlegen, die sie im allgemeinen mit geringeren Kosten beseitigen oder minimieren kann (S. 159), muß sich an der Verteilungsgerechtigkeit messen lassen, die nicht zwingend nur dem Effizienzkriterium untersteht.

<sup>63</sup> Vgl. etwa *Calabresi/Melamed*, *Harvard Law Review* 85 (1972), 1093ff.; aus juristischer Sicht etwa *Behrens*, *Ökonomische Grundlagen* S. 195ff., der sie jedoch S. 103 auf oberste Werte, wie das Prinzip der Menschenwürde reduziert; *ders.*, *Rechtstheorie* 1981, 476; *Esser/Schmidt*, § 2 IV 1; *Ott/Schäfer*, ZIP 1986, 618. – Auch bei Primärallokation beim jeweiligen Träger ist vertraglicher Veräußerung der Freiheit ein Limit gesetzt: Ein Rechtsgeschäft, durch das sich jemand in Sklaverei begibt, um seine Familie zu versorgen, ist sittenwidrig (*Behrens*, *Ökonomische Grundlagen* S. 196; a.A. in der Tat *Posner*, *Journal of Legal Studies* 8 (1979), 134).

<sup>64</sup> Vgl. etwa *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* S. 5f.; *dies.*, ZIP 1986, 618; *dies.*, JZ 1988, 221.



Korrektiv entzieht sich als nicht, jedenfalls nicht vollständig operationale Größe einem stringenten Optimierungsmodell.

Eine ausschließlich ökonomisch orientierte Perspektive könnte es durchaus als ineffizient entlarven, wenn dem Geschäftsunfähigen die Weggabe seines Eigentums gemäß § 935 Abs. 1 BGB nicht zugerechnet, der Gegenstand also redlichem Erwerb entzogen wird, ohne daß zugleich sichergestellt ist, daß dies im Hinblick auf die Gesamtregelung der Geschäftsunfähigkeit einer Effizienzbetrachtung standhält.<sup>65</sup> Immerhin erschiene es einleuchtend, daß der gesetzliche Vertreter mit dem per saldo geringsten Aufwand die Handlungen seines Mündels überwachen kann. Und doch verbirgt sich hinter den §§ 104 ff. BGB wie hinter § 935 Abs. 1 BGB ein Regelungsmuster, dessen positiver Geltungsanspruch sich einer reinen Effizienzanalyse gegenüber durchsetzt.

#### b) Die Eigenständigkeit des Rechtssystems

Die grundlegenden Bedenken wurzeln zu tief, als daß sie durch eine Verfeinerung ökonomischer Erkenntnisse und Entwürfe gebannt werden könnten.

(1) Die Modellbildung ist ihrerseits auf das wirtschaftspolitische Ziel rückbezogen. Ein Markt mit vollkommenem Wettbewerb<sup>66</sup> etwa baut auf der Transparenz der geforderten Preise auf.<sup>67</sup> Eine Rechtsordnung, die sich dieser Wirtschaftsform verpflichtet fühlt, hätte daher für die größtmögliche Information der Marktteilnehmer zu sorgen. Das BGB ist diesen Weg bekanntlich nicht gegangen; über die Marktlage, insbesondere die Angemessenheit des geforderten Entgelts brauchen die Partner, sieht man von Ausnahmefällen ab, keine Auskünfte zu erteilen.<sup>68</sup> Man kann dies – zweckdienlich oder nicht – damit rechtfertigen, daß auf oligopolistischen Märkten der Preiswettbewerb bei nicht vollkommener Transparenz intensiver sei; durch die Unsicherheit über die Strategie der Konkurrenten nehme die Neigung zu Parallelverhalten ab.<sup>69</sup> Man mag ferner darauf verweisen, Innovationen gingen mit Einbußen an Markttransparenz wie auch – zumindest kurzfristig – an optimaler Allokation einher.<sup>70</sup> Welches der beiden Modelle jedoch wünschenswert ist, ob man vollkommenen

<sup>65</sup> Die anderslautende, auf Verträge Geisteskranker beschränkte Auffassung von *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* S. 8 wird nicht im Detail ausgeführt. Sie schildern zwar die Einbußen durch Fehlallokation von Ressourcen, wenn man solchen Rechtsgeschäften Wirksamkeit zuspricht, versäumen aber den Vergleich mit den Verlusten, die das geltende Recht durch Überprüfung und Rückabwicklung mit sich bringt.

<sup>66</sup> Wie ihn etwa *Coase*, bei *Assmann* S. 183 seinen Überlegungen zugrundelegt; a. A. etwa *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* S. 74; vgl. auch die Darstellung bei *Köhler*, ZHR 144, 605; auch schon *Hoppmann*, WuW 1966, 103.

<sup>67</sup> Vgl. etwa *Külp*, *Wohlfahrtsökonomik* I S. 28; *Ott*, *Grundzüge der Preistheorie* S. 33, 34 f.

<sup>68</sup> Vgl. z. B. RGZ 111, 233, 234 f.; MünchKomm/Kramer, § 123, 15; *Soergel/Hefermehl*, § 123, 14; *Staudinger/Dilcher*, § 123, 10; *Staudinger/Köhler*, § 433, 50; *Koller*, S. 24; *Adams*, AcP 186, 468 ff.; ähnlich RGRK/Krüger-Nieland, § 123, 20.

<sup>69</sup> Vgl. z. B. *Koller*, S. 24; *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik S. 25; *Clark*, in *Barnikel* S. 161 f.

<sup>70</sup> Vgl. z. B. *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik S. 27; *Hoppmann*, WuW 1966, 104 f., 109; *Köhler*, ZHR 144, 607; *Adams*, AcP 186, 469 ff.

Wettbewerb erreichen will oder sich mit einer oligopolistischen Struktur begnügt, bedarf einer nach rein ökonomischen Maßstäben nicht vorgezeichneten Entscheidung; sie kann nur nach außerökonomischen Kriterien gefällt werden.<sup>71</sup>

(2) Selbst ein noch so abgeklärter Konsens innerhalb der ökonomischen Theorie – der freilich noch den Preis zu erbringen hat, alle nicht nutzenmaximierenden Verhaltensstimuli auszublenden<sup>72</sup> – kann nicht Gesetzesgeltung in Anspruch nehmen. Rechtssetzung und -interpretation dienen nicht nur wirtschaftlicher Effizienz, sondern haben sie mit anderen Zielen in Einklang zu bringen.<sup>73</sup> Ob und inwieweit der Gesetzgeber etwa Maximen übernimmt, die das Leistungsprinzip für die Distribution an erste Stelle rücken, die nur marginale Korrekturen durch das Bedarfsprinzip zur Gewährleistung des Existenzminimums zulassen,<sup>74</sup> unterliegt seinem durch die Ökonomie nicht prädestinierten Entschluß. Auch ein in sich stimmiges Effizienzkonzept kann den Durchsetzungsanspruch des positiven Rechts, namentlich der Verfassung, nicht überspielen. Die Ökonomie als Nachbarwissenschaft vermag wertvolle Fingerzeige für die Folgebetrachtung juristischer Entscheidungen zu geben, jedoch nicht die Sichtung und Gewichtung der unterschiedlichen Impulse zu übernehmen.<sup>75</sup> Ökonomische Erkenntnisse sind keine Rechtsquelle.

Eine darüber hinaus führende – freilich wieder in juristische Regeln eingebundene – Bedeutung gewinne der ökonomische Ansatz erst durch den Nachweis, eine signifikante Verfehlung der Effizienz und daraus resultierende nachhaltige Wohlfahrtsverluste erzwingen eine Rechtsfortbildung. Ein derartiger Rechtsnotstand ist jedenfalls für die Regelungsmaterie des redlichen Erwerbs nicht zu erkennen.

Die Rolle der ökonomischen Analyse ist damit zurückgeschnitten: Unproduktive Friktionen zu verhindern ist ein Ziel unter mehreren, durchaus heterogenen und konkurrierenden Aspekten.<sup>76</sup> So wenig allein die Effizienz eine Norm zu rechtfertigen vermag, so wenig steht partielle Ineffizienz ihrer Geltungskraft im Wege.

<sup>71</sup> Das Theorem des Zweitbesten wird gerade durch den Befund untermauert, daß die optimale Lösung aus politischen und sonstigen Gründen nicht erreicht werden kann (vgl. nur *Külp*, Wohlfahrtsökonomik I S. 51 ff.).

<sup>72</sup> *Roth*, ZGR 1986, 371 Fn. 3; *Fezer*, JZ 1988, 822. – Vgl. die Beschreibung des rationalen egoistischen Menschen bei *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse S. 46 ff.

<sup>73</sup> Auch hierzu *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse S. 7 ff.

<sup>74</sup> Vgl. etwa das Konzept von *Behrens*, Ökonomische Grundlagen S. 97 ff. – Ob die ökonomische Rechtfertigung dieser Thesen (*Behrens*, S. 105) ins Recht transferiert wird, steht nicht außer Streit.

<sup>75</sup> Das haben andere Nachbarwissenschaften inzwischen akzeptiert; vgl. für die Rechtssoziologie etwa *Rehbinder*, Einführung S. 2 f., 11; *Luhmann*, Rechtssoziologie S. 360; vgl. auch *Thomas Raiser*, Rechtssoziologie S. 5.

<sup>76</sup> Im übrigen steht das BGB keineswegs im Verdacht, sich solchen Überlegungen zu versperren. § 892 BGB ist etwa ein geglückter Versuch, Kosten zu vermeiden, die ein Rechtssystem in Kauf zu nehmen hat, wenn es nur den Erwerb vom Berechtigten zuläßt (vgl. etwa *Kübler*, in Neumann S. 117 f. mwN.; zur – relativ ineffizienten – Abdeckung in einigen Staaten der USA durch Versicherungen, die ihrerseits über eine Sammlung einschlägiger Dokumente verfügen, etwa v. *Hoffmann*, Grundstückskauf S. 44, 84 ff.). – Auch dürfte die Besitzverschaffungsmacht als Anknüpfungspunkt im Vergleich mit dem Besitz als Rechtsscheinträger durchaus effizient sein (vgl. dazu auch § 7 III 2).

## II. Die traditionelle Sicht: Der Besitz des Verfügenden als Rechtsschein-träger

Es dürfte kaum ein lohnendes Unterfangen sein, die Alternativen abstrakt auf ihre Tauglichkeit hin abzuklopfen. Antwort auf die tragenden Prinzipien des redlichen Erwerbs kann nur eine Detailanalyse der §§ 932 ff. BGB geben.

Freilich scheint zunächst alles auf eine Bekräftigung der These hinauszulaufen, redlicher Erwerb sei eine charakteristische Ausprägung der Vertrauenshaftung. Die herkömmliche, weitaus dominierende, vordergründig auch durch den Wortlaut des § 932 Abs. 1 BGB gestützte Auffassung interpretiert den Besitz des Verfügenden als Rechtsscheinträger. Der Veräußernde<sup>77</sup> bzw. der der Verfügung eines erkennbar Nichtberechtigten Zustimmende<sup>78</sup> müsse durch unmittelbaren oder mittelbaren Besitz ausgewiesen sein.

---

<sup>77</sup> RGZ 72, 309, 312; 108, 269, 271; BGHZ 10, 81, 86; 34, 153, 158 (der ausdrücklich den Besitz des Veräußerers, nicht die Besitzerlangung des Erwerbers als inneren Grund des gutgläubigen Erwerbs akzentuiert); 56, 123, 128 f.; BGH LM Nr. 6 zu § 932 BGB; ferner die ganz vorherrschende Ansicht in der Literatur; vgl. etwa *Jauernig*, § 932 I 2 b; *Palandt/Bassenge*, vor § 929, 2 c; *Erman/A. Schmidt*, vor §§ 932 ff., 1; *StudK/M. Wolf*, §§ 932–934 I 1; *Soergel/Mühl*, § 932, 1 mit vorsichtigen Absetzbewegungen; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 932, 20; *Baur*, § 4 II; § 52 II 1 a; *Westermann*, § 45 III 1 a; *Heck*, Sachenrecht § 59, 1; *Schwab*, Sachenrecht § 32 II; *E. Wolf*, Sachenrecht § 5 B I 8 = S. 232; *Eichler*, I S. 128; II I S. 156; *ders.*, AcP 155, 257 f.; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 561; *ders.*, Festschrift für Hübner S. 623 (unter synchroner Betonung der Besitzerlangung); *Larenz*, II 1 § 39 II d; *Pottschmidt/Rohr*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 265; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 607; *Gerhardt*, *Mobiliarsachenrecht* § 12, 1 = S. 91; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 1; *ders.*, WM 1979, 1146; *Adams*, Sicherungsrechte S. 188; *Deutsch*, Fahrlässigkeit S. 343 f.; *ders.*, JZ 1978, 386; *Thiele*, Zustimmung S. 271; *v. Lübtow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 217; *Wellsbacher*, Vertrauen S. 10 f., 17; *Hassold*, Leistung S. 73; *Knur*, Erwerb S. 25; *Krawielicki*, JherJb 81, 259; *Hoche*, NJW 1953, 1506; *Nipperdey*, AcP 160, 203; *Weimar*, MDR 1962, 21; *Nitschke*, JuS 1968, 543; *Koller*, DB 1972, 1905; *Picker*, NJW 1974, 1795; *M. Reinicke*, AcP 189, 100; mit Modifikationen im einzelnen auch *Wadle*, JZ 1974, 695: Einbeziehung des Besitzwechsels; *Berg*, JuS 1970, 13: Haben und Verschaffen des Besitzes; *AK/Dubischar*, vor §§ 854 ff., 51; *Raiser*, JZ 1961, 285: Besitz und Besitzübergabe; *Mormann*, WM 1966, 2: Gleichstellung von Besitz mit der Besitzverschaffungsmacht; *ders.*, Anm. zu BGH LM Nr. 27 zu § 932 BGB; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 418: Besitzverlust und Besitzerwerb; *Valentin*, Gutgläubenschutz S. 72 ff., 89, 116: Besitz und Übertragung; abwägend, im Ergebnis dem Konzept des Besitzes als Rechtsscheinträger aber zustimmend *Wiegand*, JuS 1974, 204, 210; a. A. OLG München NJW 1957, 875, 876; *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 5 ff.; *Rebe*, AcP 173, 193 f.; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 III 2 a; *AK/Reich*, vor §§ 929 ff., 24; §§ 932 f., 2; *Hübner*, Rechtsverlust S. 56 ff.; *Giehl*, AcP 161, 364; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 45 f.; in Wahrheit auch BGHZ 36, 56, 61, der freilich der Nomenklatur nach am Besitz festhält.

<sup>78</sup> BGHZ 10, 81, 86; 56, 123, 129; BGH LM Nr. 6 zu § 932 BGB; LM Nr. 1 zu § 2 Reichsnährstandsauflösungsgesetz; OLG Stuttgart MDR 1953, 42, 43; *Palandt/Bassenge*, § 932, 2 c; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 932, 22; *Baur*, § 52 II 1 a (4); *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 22; *Hoche*, NJW 1953, 1506; *Eccius*, Gruchot 47, 62; *Wieser*, JuS 1972, 569; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 74; a. A. *Erman/A. Schmidt*, § 932, 5; *Westermann*, § 46, 2 a;

### 1. Die Ungereimtheiten der These

Auch eine nahezu einhellige Zustimmung kann indes nicht die Mängel der These überdecken.

#### a) Der Funktionsverlust des unmittelbaren Besitzes als Anhaltspunkt für das Eigentum

So ist es für Gegner, aber auch für Verfechter der h.M. beinahe schon zum Allgemeinplatz geworden, die geringe Aussagekraft des Besitzes als Rechtsscheinträger hervorzuheben.<sup>79</sup> Eine bereits zu Zeiten des Inkrafttretens des BGB fragwürdige Anknüpfung – schon damals war das Besitzkonstitut weit verbreitet, der Gleichlauf zwischen Eigentum und Besitz also keineswegs mehr die unangetastete Regel<sup>80</sup> – hat durch die Entwicklung ihre Kraft endgültig eingebüßt. Institute wie der Eigentumsvorbehalt, die Sicherungsübereignung oder das Leasing drehen, wo sie einmal branchentypisch geworden sind, den auf dem Besitz basierenden Rechtscheintatbestand geradezu um.<sup>81</sup> Der Notwendigkeit, eigene Sachen Dritten zu Reparaturzwecken zu überlassen, ist erfahrungsgemäß nicht auszuweichen.

Der Besitz könnte allenfalls für das Eigentum stehen, kaum jedoch für die Freiheit von Verfügungsbeschränkungen oder gar der Streitbefangenheit einer Sache.<sup>82</sup> Wenn § 135 Abs. 2 BGB sowie § 325 Abs. 2 ZPO gleichwohl redlichen Erwerb zulassen, ist die Anbindung an einen vom Besitz eben nicht repräsentierten Rechtschein denkbar nichtssagend.

*Bauer*, Festschrift für Bosch S. 22 Fn. 73 a.E.; sowie pauschal, da es sich hierbei nur um den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis drehe, *Eichler*, II 1 S. 161 f.; unentschieden OGHZ 1, 292, 295; *Wolff/Raiser*, § 69 II 1, der einerseits BGHZ 10, 81 ff. als zu eng rügt, aber einen Fall schildert, in dem der Zustimmungde mittelbarer Besitzer ist.

<sup>79</sup> OLG München NJW 1957, 875, 876; *Wolff/Raiser*, § 68 II 2; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 484; *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 13 f.; *Rebe*, AcP 173, 193 ff.; *Hübner*, Rechtsverlust S. 56 ff.; v. *Lübtow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 208 f.; *AK/Reich*, §§ 932 f., 2; *AK/Kohl*, § 1006, 2; *Giehl*, AcP 161, 364 f.; *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 5 ff.; *Gernhuber*, JZ 1956, 544; *ders.*, Bürgerliches Recht § 8 III 2a; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 45 f.; *M. Remicke*, AcP 189, 100 Fn. 50 (der es jedoch als außer Zweifel bezeichnet, daß der Schluß vom Besitz auf das Eigentum die Rechtsscheinskonzeption des geltenden Bürgerlichen Rechts sei); *Wacke*, Besitzkonstitut S. 34, 41; *Frotz*, Festschrift für Kastner S. 154; v. *Craushaar*, Vertrauen S. 146; *Pawlowski*, Rechtsbesitz S. 30 f.; *Becker*, Effektingiroverkehr S. 22 ff.; *Römer*, Mobiliärerwerb S. 222 ff.; a. A. ohne hinreichende Diskussion *Winkler*, Rechtsvermutung S. 17; *Meyer*, Publizität S. 84 (der den Besitz etwa an gestohlenen Sachen als anderen Besitztypus begreift (?)).

<sup>80</sup> *Hübner*, Rechtsverlust S. 62 f.; vgl. dazu schon Motive III 348 = Mugdan III 193: Dagegen wird es sehr häufig vorkommen, daß ein Inhaber, welcher nicht Eigentümer ist, sich in der Lage befindet, tradiren zu können.

<sup>81</sup> Vgl. vorläufig BGHZ 77, 274, 278; *Mormann*, WM 1966, 9.

<sup>82</sup> *Paulus*, Festschrift für Nipperdey I S. 914 f. bzw. S. 916 f. Ähnliche Probleme stellen sich bei der Verfügung über ein angebliches Pfandrecht und eine vermeintliche Anwartschaft; vgl. dazu unten § 7 V 5b (3), 6a.

## b) Die fehlende Indizwirkung des mittelbaren Besitzes

Völlig abgehoben von einem für den Erwerber feststellbaren Rechtsscheintatbestand ist zudem der mittelbare Besitz. Die anderslautende h.M.<sup>83</sup> kann nicht hinwegdiskutieren, daß der Erwerber regelmäßig nur in der Lage ist, zu überprüfen, ob sich der unmittelbare Besitzer den Weisungen des tatsächlichen oder vermeintlichen Oberbesitzers beugt, während das Bestehen eines Besitzmittlungsbandes sich seiner Kontrolle gemeinhin entzieht. Der Ansatz für konkretes Vertrauen auf die besitzrechtliche Stellung des Verfügenden reduziert sich auf den Glauben an dessen „Gerede“, er sei Eigentümer,<sup>84</sup> über dessen Wahrheitsgehalt der Erwerber sich kaum Gewißheit verschaffen kann, vornehmlich, wenn man selbst bei einem bestehenden Herausgabeanspruch das Schicksal des mittelbaren Besitzes der Laune des unmittelbaren Besitzers überantworten will.<sup>85</sup>

Systemwidrig soll gar mittelbarer Fremdbesitz ausreichen.<sup>86</sup> War es beim unmittelbaren (Fremd-)Besitz noch die Ausübung der direkten Gewalt, die den Erwerber darüber hinwegtäuschen konnte, daß seinem Partner die Rechtszuständigkeit fehle, so ist die Vertrauensgrundlage, die ein mittelbarer Fremdbesitz bietet, zur Gänze vergeistigt und damit als Substrat konkreten Vertrauens ungeeignet: Nicht nur, daß das Besitzband als solches nicht nach außen in Erscheinung tritt; die Umstände – wären sie aufgedeckt – wiesen auch einen anderen als den Fremdbesitzer als den wirklich Berechtigten aus.

## c) Die Rolle des § 1006 BGB

Die h.M. glaubt, sich mit dem Hinweis aus der Affäre ziehen zu können, § 1006 BGB verflechte mit dem Besitz die Vermutung des Eigentums.<sup>87</sup> Zwar ist in der Tat

<sup>83</sup> Soergel/Mühl, § 934, 1; MünchKomm/Quack, § 934, 1; Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 934, 1; Baur, § 52 II 4 a; Westermann, § 48 II 2; Heck, Sachenrecht § 59, 5 a; Walsmann, JW 1926, 800; Schmitz, JuS 1975, 720; Deutsch, JZ 1978, 388; Wieling, AcP 184, 449; wohl auch Hübner, Rechtsverlust S. 66; ebenso de lege lata, wenngleich sehr kritisch Boehmer, II 2 S. 33; Koller, DB 1972, 1905; Giehl, AcP 161, 377 („fiktiv“); gegen den mittelbaren Besitz als Vertrauensgrundlage v. Craushaar, Vertrauen S. 148; Pawlowski, Rechtsbesitz S. 49.

<sup>84</sup> Bauer, Festschrift für Bosch S. 9, deren „Haben-Beziehung“ aber auf die Position des Veräußerers, nicht des Erwerbers abstellt; anders wohl dies., S. 24; Giehl, AcP 161, 365, 367; Wellspacher, Vertrauen S. 11, 15; Reichel, Grünhut 42, 178.

<sup>85</sup> Vgl. dazu unten § 7 IV 2 vor a.

<sup>86</sup> RG JW 1910, 814, 815; BGH WM 1977, 1090, 1092; Jauernig, § 934, 2 a; Palandt/Bassenge, § 934, 2; Erman/A. Schmidt, § 934, 2; StudK/M. Wolf, §§ 932–934 III 2 c; Soergel/Mühl, § 934, 2; RGRK/Pikart, § 934, 5; Tiedtke, WM 1978, 453; wohl auch MünchKomm/Quack, § 934, 4; a. A. Steffen, Rechtsscheinträger S. 101, der indes über eine „Aufschwunglehre“ – mit dem Angebot zerstöre der Veräußerer den mittelbaren Eigenbesitz des Berechtigten – redlichen Erwerb dennoch eröffnet. Ein solches Konstrukt ist unbrauchbar; vgl. unten § 7 III 4 zur Parallelproblematik beim Besitzdiener. Autoren, die den mittelbaren Besitz als generell ungeeignet verwerfen, werden unten Fn. 224 nachgewiesen.

<sup>87</sup> So Erman/A. Schmidt, vor §§ 932 ff., 1; Soergel/Mühl, § 932, 1; ders., § 1006, 1; Eichler, I S. 128 mit Fn. 156; Knur, Erwerb S. 25; Wadde, JZ 1974, 695; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 607; Gerhardt, Mobiliarsachenrecht § 12, 1 = S. 92; Hoche, NJW 1953, 1506;

zu vermuten, mit dem Erwerb des Besitzes habe der Besitzer Eigenbesitz und Eigentum erlangt;<sup>88</sup> die Vorschrift regelt jedoch nur die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast,<sup>89</sup> gewinnt Bedeutung also erst dort, wo sonstige Aufklärungsversuche im Sande verlaufen sind. Vor allem genügt die bloße Tatsache des jetzigen Besitzes nicht, da mit der Feststellung, daß mit der Erlangung des Besitzes kein Eigentumserwerb verbunden war, auch die Vermutung des § 1006 BGB in sich zusammenbricht.<sup>90</sup> In den eigentlich neuralgischen Fällen der Unterschlagung durch einen Besitzer, der zunächst nur für einen anderen besaß, hilft also die Vorschrift von vornherein nicht weiter, obgleich vom Rechtsscheinträger her gesehen nicht notwendig ein Unterschied zum (ursprünglichen) Eigenbesitzer festzustellen sein muß. Der allein maßgebende Wille, die Sache wie ein Eigentümer zu beherrschen,<sup>91</sup> tritt nicht notwendig nach außen hervor, weshalb der Erwerber aus der bloßen Ausübung des Besitzes zum Zeitpunkt der Verfügung mitnichten auf das Eigentum schließen darf. Bei mittelbarem Fremdbesitz gilt zudem die Beweisregel nicht, soweit der Berechtigte mittelbarer Eigenbesitzer höherer Stufe ist;<sup>92</sup> nur auf sein Eigentum kann der Besitz hindeuten.

Die für die Widerlegung der Vermutung gebotenen Anforderungen tragen dem durchgängigen Vorbehalt gegen die nahtlose Übereinstimmung von Besitz und Eigentum Rechnung; es darf kein zu strenger Maßstab angelegt werden.<sup>93</sup> Bereits die

---

Wieser, JuS 1972, 569 (für § 1006 Abs. 3 BGB); Tiedtke, WM 1979, 1146; M. Reinicke, AcP 189, 100; Westermann, JuS 1963, 3 (der zugegebenermaßen nur den inneren Zusammenhang betont, worauf Wiegand, JuS 1974, 206 Fn. 64 hinweist; angesichts der generell fehlenden Eignung ist auch dies der falsche Ansatz; vgl. dazu sogleich im Text); der Tendenz nach auch Wolff/Raiser, § 68 II 2; ablehnend Bauer, Festschrift für Bosch S. 11; Rebe, AcP 173, 193 f.

<sup>88</sup> RGZ 156, 63, 64; BGHZ 54, 319, 324, 64, 395, 396; BGH NJW 1960, 1517, 1518; 1975, 1269, 1270; 1984, 1456, 1457; WM 1964, 788; 1964, 1026, 1027; 1967, 900, 902; 1969, 186, 187; 1970, 1272; 1977, 402, 403; Jauernig, § 932, 2b; Palandt/Bassenge, § 1006, 2a; Erman/Hefermehl, § 1006, 2; AK/Kohl, § 1006, 1; Soergel/Mühl, § 1006, 10; MünchKomm/Medicus, § 1006, 10; RGRK/Pikart, § 1006, 8; Staudinger/Gursky, § 1006, 7; Westermann, § 34 II 1; Bauer, Festschrift für Bosch S. 11 f.; Medicus, Festschrift für Baur S. 63; Hadding, JuS 1972, 184.

<sup>89</sup> BGH WM 1977, 402, 403; Jauernig, § 1006, 2d; Staudinger/Gursky, § 1006, 30; Rosenberg/Schwab, § 117 I 4b; Medicus, Festschrift für Baur S. 63; Leipold, Beweislastregeln S. 98 f. mwN. in Fn. 89.

<sup>90</sup> BGH NJW 1967, 2008; 1984, 1456, 1457; WM 1964, 788; 1968, 406, 407; 1970, 1272; DB 1955, 916; LM Nr. 2 zu § 1006 BGB; OGHZ 1, 285, 286; Jauernig, § 1006, 2e; Palandt/Bassenge, § 1006, 3b; Staudinger/Gursky, § 1006, 7; Bauer, Festschrift für Bosch S. 12.

<sup>91</sup> Vgl. statt aller BGH WM 1970, 1272; Staudinger/Bund, § 872, 4 mit umfängl. Nachw.

<sup>92</sup> Soergel/Mühl, § 1006, 7; MünchKomm/Joost, § 871, 5; MünchKomm/Medicus, § 1006, 6; Staudinger/Gursky, § 1006, 6 hält die Vermutung für einschlägig, da der Besitzer mit seiner Behauptung, er sei Eigentümer, den Eigenbesitzwillen dokumentiere, übersieht dabei aber, daß § 1006 BGB nicht hilft, wenn feststeht, daß der Besitzer anfänglich Fremdbesitzer war (BGH WM 1964, 788; Soergel/Mühl, § 1006, 10). Eine „Aufschwunglehre“ kennt § 1006 BGB also nicht.

<sup>93</sup> BGH NJW 1961, 777, 779; WM 1969, 1233; 1970, 1272; 1977, 402, 403; AK/Kohl, § 1006, 12; MünchKomm/Medicus, § 1006, 22; Soergel/Mühl, § 1006, 23; RGRK/Pikart, § 1006, 36; Staudinger/Gursky, § 1006, 34.

Branchenüblichkeit eines Eigentumsvorbehalts kann die Vermutung zerstören<sup>94</sup> – womit sich der Kreis schließt. Wo der Besitz seinen Stellenwert verloren hat, rettet ihn eine prozessuale Vorschrift nicht mehr. Reduziert sich die Durchschlagskraft des § 1006 BGB schon in seinem originären Wirkungsbereich, dem Streitverfahren,<sup>95</sup> so verstärkt das die Skepsis gegenüber einer Ansicht, die glaubt, in der Vorschrift eine materiell-rechtliche Grundnorm entdecken zu können. Es ist die eine Frage, wer die Konsequenzen tragen soll, wenn sich die Eigentumsverhältnisse nicht aufklären lassen, eine andere aber, ob damit ein in seiner Wirkung weit über die prozessuale Problematik hinausreichender Rechtsschein konstituiert wird. Wie Verfügungen ausgestaltet sind, insbesondere von welchen Voraussetzungen redlicher Erwerb abhängen soll, regeln die §§ 929 ff. BGB, vor allem die §§ 932 ff. BGB, nicht jedoch § 1006 BGB.<sup>96</sup>

## 2. Die Ergänzung des Rechtsscheins durch „stärkere Anscheinsmerkmale“

Das Unterfangen, die Schwäche des Besitzes als Rechtsscheinträger einzuräumen, dessen ungeachtet jedoch zu versuchen, am Modell prinzipiell festzuhalten, mußte in einem Kompromiß enden. Nicht der Besitz als solcher diene als Vertrauenstatbestand, sondern nur derjenige, der durch stärkere typischere Anscheinsmerkmale intensiviert sei.<sup>97</sup> Der Gewinn ist bescheiden. Die Konturen des Rechtsscheins bleiben mitunter schemenhaft,<sup>98</sup> gegenüber der h.M. sind kaum Fortschritte zu verzeichnen, was sich allerdings schon daraus erklären läßt, daß auch sie die Korrektivfunktion der Redlichkeit anerkennt,<sup>99</sup> sich somit im wesentlichen nur die Prüfungsreihenfolge verschiebt. Angesichts des ohnedies objektiven Maßstabs<sup>100</sup> wirken sich die Differenzen primär in der Beweislast<sup>101</sup> oder aber in Randproblemen aus, wie

<sup>94</sup> *Erman/Hefermehl*, § 1006, 5; *MünchKomm/Medicus*, § 1006, 23; *RGRK/Pikart*, § 1006, 36; *Staudinger/Gursky*, § 1006, 34; *Rebe*, AcP 173, 194. Die allgemein zitierte Entscheidung BGHZ 42, 53, 55 betrifft ein etwas anders gelagertes Problem, nämlich die Unterwerfung unter einen branchenüblichen Eigentumsvorbehalt. Aus ihr folgt allerdings, daß mit einem Abweichen von Besitz und Eigentum in solchen Bereichen regelmäßig zu rechnen ist. Die Vermutung unbedingten Eigentumsübergangs (BGH WM 1969, 186, 187) ist dann entkräftet.

<sup>95</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 89.

<sup>96</sup> *Stiß*, Festschrift für Wolff S. 153; *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 12f.; v. *Lübtow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 210; *Rebe*, AcP 173, 194; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 45.

<sup>97</sup> *Hübner*, Rechtsverlust S. 90; vorsichtig zustimmend etwa *Soergel/Mühl*, § 932, 1; der Sache nach auch *Rebe*, AcP 173, 195f. und *Giehl*, AcP 161, 374f., die beide parallel aber auch mit der Besitzverschaffungsmacht argumentieren (vgl. *Rebe*, AcP 173, 194; *Giehl*, AcP 161, 378), ohne ihre Präferenz klarzulegen; ablehnend *Wolff/Raiser*, § 68 II 2 Fn. 14; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 43 Fn. 105 („mit geltendem Recht schwer vereinbar“).

<sup>98</sup> *Gernhuber*, JZ 1956, 544; *ders.*, Bürgerliches Recht § 8 III 2a.

<sup>99</sup> *Wiegand*, JuS 1974, 206, der deshalb das Konzept *Hübners* ablehnt; ebenso *Eichler*, AcP 155, 258.

<sup>100</sup> Vgl. statt aller *MünchKomm/Quack*, § 932, 30.

<sup>101</sup> *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 18; *Rebe*, AcP 173, 195. Wenn *Hübner*, Rechtsverlust S. 90 Fn. 3, S. 124 diesem Argument entgegenhält, bei der Prüfung der Fahrlässigkeit seien

der Vorlage des Kfz-Briefes,<sup>102</sup> die man genauso gut mit gängigen Mitteln lösen kann. Die mit dem mittelbaren Besitz einhergehenden Zweifelsfragen sind damit nicht behoben; allen Beteuerungen zum Trotz gewinnen die zusätzlichen Indizien die Oberhand, während der Besitz als Rechtsscheinträger fast gänzlich zurückgedrängt wird und sich unversehens der Akzent auch bei den Anhängern dieses Konzepts auf die Besitzverschaffungsmacht verschiebt.<sup>103</sup>

### 3. Die Entäußerung des Besitzes

Weit weniger, als es auf den ersten Blick scheinen mag, hilft der Vorschlag weiter, anstelle des Besitzes die Disposition über den Besitz als Rechtsscheinträger zu begreifen.<sup>104</sup> Schwierigkeiten sind beispielsweise bei § 934 BGB vorprogrammiert, wenn man nur an die Zession eines tatsächlich existenten Anspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis anknüpfen will und kann,<sup>105</sup> da nur dann noch eine Disposition über eigenen Besitz vorliegt; der Vorschrift des § 934 Fall 2 BGB wird man auf diese Art allerdings nicht gerecht. Solange man sich nicht mit der Besitzverschaffungsmacht zufrieden gibt, verharrt man im Ergebnis auf dem Boden der h. M., erweitert sie lediglich um das Postulat, der Veräußerer müsse den Rechtsscheinträger aus der Hand geben. Die Unzuträglichkeiten der h. M. werden nicht vermieden, sondern geradewegs übernommen und perpetuiert, da ein Besitz, dessen Indizwirkung für das Eigentum des Veräußerers sich als nicht tragfähig erwiesen hat, nicht dadurch zum tauglichen Rechtsscheinträger wird, daß nicht seine Ausübung, sondern seine Aufgabe in den Vordergrund tritt.

Und schließlich bringt die Entäußerung der „Haben-Beziehung“<sup>106</sup> kaum neue Aspekte. Die Definition der „Haben-Beziehung“ – unmittelbarer und mittelbarer

---

persönliche Umstände zu berücksichtigen, womit sich die beiden Stationen unterschieden, verändert das am Ergebnis nichts. Die Untersuchung der objektiv erforderlichen Sorgfalt bleibt identisch; auch die h. M. trägt darüber hinaus gesteigerten oder verminderten Anforderungen Rechnung (vgl. nur MünchKomm/Quack, § 932, 36). Da § 932 Abs. 2 BGB zudem Konsequenzen aus einer Obliegenheitsverletzung zieht (vgl. dazu nur R. Schmidt, Obliegenheiten S. 307), kommt es auf persönliche Vorwerfbarkeit entgegen Hübner, Rechtsverlust S. 124 nicht an. – Divergenzen mag es allenfalls bei der Frage eines „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ geben.

<sup>102</sup> Rebe, AcP 173, 195 f.; vgl. dazu die Nachw. in Fn. 41.

<sup>103</sup> Vgl. z. B. Giehl, AcP 161, 378; Rebe, AcP 173, 194.

<sup>104</sup> Gernhuber, JZ 1956, 544; ders., Bürgerliches Recht § 8 III 2a; Wadde, JZ 1974, 695 („Rechtsschein des Besitzwechsels“); Martinek, AcP 188, 629 f.; anders ders., AcP 188, 630 (Besitzverschaffungsmacht); noch deutlicher ders., AcP 188, 647 unter 8: reale Besitzverschaffungsmacht auch ohne vorherigen Besitz als Disposition über den Besitz; für den Spezialfall des Mitbesitzes auch Becker, Effektingiroverkehr S. 34 f., 38; ebenso die Vertreter der Literatur, die Innehabung und Verschaffung des Besitzes schon beim Rechtsschein koppeln; vgl. die Nachw. in Fn. 77.

<sup>105</sup> Gernhuber, Bürgerliches Recht § 8 III 2a.

<sup>106</sup> Bauer, Festschrift für Bosch S. 18; ähnlich Wieling, JZ 1977, 295 rechte Spalte; anders ders., JZ 1977, 295 linke Spalte (Besitzverschaffungsmacht); Pinger, AcP 179, 333, der freilich ohne weiteres auf die Besitzverschaffungsmacht umschwenkt.



Besitz sowie Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen einen besitzenden Dritten<sup>107</sup> – lehnt sich eng an die h. M. an; soweit sie darüber hinausgeht, verliert sie sich ähnlich wie der durch weitere Merkmale intensivierte Besitz in letztlich schwer faßbaren Indizien, die zwar geeignet sein sollen, den Veräußerer objektiv als den Berechtigten erscheinen zu lassen,<sup>108</sup> deren inhaltliche Präzisierung jedoch überwiegend im dunkeln bleibt. Das zusätzliche Merkmal der Aufgabe der Beziehung zur Sache klebt so lange zu sehr am überkommenen Modell und dessen Schwächen, als damit die ursprüngliche Verbindung des Veräußerers zur Sache ihren maßgeblichen Stellenwert verteidigen will.

### III. Die Besitzverschaffungsmacht

In allen Lösungen kehrt das stets gleiche Dilemma wieder – die Unzuverlässigkeit des Besitzes als hinreichend aussagekräftiger Anhaltspunkt für das Recht des Veräußerers. Die Aporie spiegelt die Schwachstellen des zugrunde liegenden Ansatzes wider: Den Ausschlag vermag nicht die Situation vor der Verfügung zu geben, nicht das Vertrauen des Erwerbers auf einen schon beim unmittelbaren, erst recht beim mittelbaren Besitz höchst schemenhaften Rechtsschein, sondern die Fähigkeit des Veräußerers, seinem Partner zum Besitz zu verhelfen. Die Besitzverschaffungsmacht<sup>109</sup> braucht sich um eine wie auch immer geartete und darzulegende Legitimation des Veräußerers allein unter dem Aspekt der Redlichkeit, nicht unter dem Blickwinkel des Rechtsscheins zu kümmern. Damit sind selbstredend nicht alle Probleme aus der Welt geschafft; natürlich spielt der im Einzelfall abstrakt durchaus schwer zu definierende Maßstab des guten Glaubens eine wichtige Rolle. Doch wirkt die Korrektur der irrigen Prämisse nicht zuletzt auf eine Reihe von Streitfragen zurück.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 13. Die letztgenannte Komponente gewinnt Gewicht erst bei der Abgrenzung von § 934 Fall 1 und Fall 2 BGB.

<sup>108</sup> *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 18 unter Berufung auf *Giehl*, AcP 161, 363.

<sup>109</sup> OLG München NJW 1957, 875, 876; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2 a; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 46 unter nicht ganz korrektem Hinweis auf *Gernhuber* (vgl. dazu oben § 7 II 3 mit Fn. 104); *Müller-Erzbach*, Mitgliedschaft S. 330, der dies bezüglich des mittelbaren Besitzes (§ 934 Fall 2 BGB) als nicht folgerichtig bezeichnet; auf den Besitz stellt *ders.*, Rechtswissenschaft S. 65 ab; *Stillschweig*, Redlicher Erwerb S. 31 ff.; *Berg*, JuS 1970, 13; ferner *Westermann*, § 133 I (für das Pfandrecht); *Heck*, Sachenrecht § 59, 2; *Giehl*, AcP 161, 378; *Rebe*, AcP 173, 394; *v. Olshausen*, JZ 1975, 30; *Reinicke*, MDR 1959, 616; *Probst*, ZHR 101, 222; *Römer*, Mobilärerwerb S. 227 ff.; wohl auch *v. Craushaar*, Vertrauen S. 154 f.; ebenso schon *Regelsberger*, JherJb 47, 355, der aber – kaum konsequent – beim Erwerb von Immobilien (wohl) auf Vertrauen in das unrichtige Grundbuch überschwenkt; *Michalski*, AcP 181, 418, eingebunden jedoch in eine angebliche Besitzposition und unter unzutreffender Berufung auf BGHZ 50, 45, 50 (aaO. Fn. 122); ähnlich *Krauel*, Miteigentum S. 27 f., der indes zu sehr auf das Vertrauen des Erwerbers in das behauptete Eigentum abhebt und darüber die Besitzverschaffungsmacht letztendlich vernachlässigt (z. B. aaO. S. 47).

<sup>110</sup> Vgl. dazu insbesondere unten § 7 V.

## 1. Die Verfügung des Berechtigten

Mag die Interpretation der Übergabe iS. der §§ 929, 932 BGB naheliegenderweise ihren Anfang nehmen beim Wechsel des Besitzes zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber,<sup>111</sup> so kann es doch nur darum gehen, den Rahmen annähernd abzustecken; keineswegs ist es für den Erwerb vom Berechtigten unumstößliche Voraussetzung, daß der Veräußerer selbst den Besitz ausgeübt haben muß. Beim Streckengeschäft läßt sich der Besitz des Erstkäufers und personenidentischen Zweitverkäufers noch auf unterschiedlichen Wegen konstruieren; die Auflockerung des Traditionsprinzips trägt dem Interesse an Abkürzung der Zuwendung Rechnung.<sup>112</sup> Spätestens dann, wenn der unmittelbare Besitzer, der dem Eigentümer den Besitz nicht mittelt, dem Erwerber die Sache auf Bitten des Veräußerers übergibt,<sup>113</sup> ist das dingliche Geschäft perfekt, obgleich von einer Aufgabe des Besitzes durch den Veräußerer im Zuge der Übereignung keine Rede sein kann. Jedenfalls beim Erwerb vom Berechtigten haben sich die Gewichte verschoben. Nicht der Besitz des Verfügenden oder seine Aufgabe entscheidet,<sup>114</sup> solange nur sichergestellt ist, daß der Erwerber die Sache erhält, wobei ein zur Traditionsmaxime abgemildertes Traditionsprinzip Erleichterung bringen mag.<sup>115</sup>

Sicherlich kann man den Begriff der Übergabe nicht unbeschoren von § 929 BGB auf § 932 BGB transponieren.<sup>116</sup> Andererseits läßt sich nicht ignorieren, daß § 932 BGB auf § 929 BGB verweist und als einzigen Zusatz guten Glauben des Empfängers fordert. Ein engeres Verständnis des § 932 BGB müßte notwendigerweise auf die Legitimationskraft des Besitzes rekurrieren, die eine abweichende Interpretation erfordere,<sup>117</sup> fiel damit aber in all die Mißlichkeiten zurück, die den Besitz als unzureichendes Fundament ausgewiesen hatten.<sup>118</sup>

<sup>111</sup> Baur, § 51 III am Anfang („Normalfall“); Westermann, § 39 I; Wadde, JZ 1974, 691; Eichler, II 1 S. 101 Fn. 33 („regelmäßig“).

<sup>112</sup> Vgl. vorläufig BGH NJW 1973, 141, 142; 1982, 2371, 2372; 1986, 1166, 1167 einerseits und Baur, § 51 III 3 a.E. andererseits (zu diesem skeptisch etwa Wadde, JZ 1974, 695); genauer dazu unten § 7 V 1 a (2).

<sup>113</sup> Beispiel von Baur, § 51 III 2: Der Dieb sendet das dem Eigentümer gestohlene Paket auf dessen Bitten an den Erwerber.

<sup>114</sup> Jaernig, § 929, 3c; Palandt/Bassenge, § 929, 3a; MünchKomm/Quack, § 929, 127; Soergel/Mühl, § 929, 7; AK/Reich, § 929, 15; Westermann, § 39 II 2; Wolff/Raiser, § 66 I 1a; Eichler, II 1 S. 101 Fn. 33; Schwab, Sachenrecht § 29 III 1; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 45; E. Wolf, Sachenrecht § 5 A IV c 2 = S. 222; ebenso schon Heymann, Festgabe für Dahn III S. 211 ff.; Nöthling, Traditionspapiere S. 54.

Diese Variante des Geheißerwerbs unterfällt dem § 929 BGB, da der Erwerber unmittelbaren Besitz bekommt. Entgegen der Andeutung von Hager, WM 1980, 667 Fn. 11 a.E. ist § 934 Fall 2 BGB für diesen Fall kein Gegenargument. § 931 BGB betrifft die Konstellation, daß der Erwerber nur mittelbarer Besitzer wird, und kann hier nicht einschlägig sein.

<sup>115</sup> Vgl. auch hierzu unten § 7 V 1 a (2).

<sup>116</sup> Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 45; Wadde, JZ 1974, 691.

<sup>117</sup> Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 45 f.; so etwa die Sicht von Wadde, der beim Erwerb vom Eigentümer Besitzverschaffungsmacht genügen läßt (JZ 1974, 694), bei Verfügungen Nichtberechtigter jedoch nicht (JZ 1974, 695); vgl. hierzu genauer unten § 7 V 1 b.

<sup>118</sup> Vgl. dazu soeben § 7 II.

Plastisch macht das die Kritik, mit der sich die These der Besitzverschaffungsmacht nach wie vor konfrontiert sieht. Die Übergabe des Besitzes könne unrechtmäßig sein, die Ansicht laufe auf die zu mißbilligende Rechtsscheintheorie hinaus, nehme obendrein keine Notiz davon, daß der redliche Erwerb auf dem Besitz des Veräußerers fuße.<sup>119</sup> Hat denn ein Dogma, das den Besitz als Basis ausgibt, weniger mit der Rechtsscheintheorie zu tun?<sup>120</sup> Und ist nur die Besitzverschaffung unrechtmäßig, nicht in gleicher Weise eine auf Besitz als Indiz für angebliches eigenes Recht basierende Verfügung?<sup>121</sup> Die Rüge schließlich, der Erwerber verlasse sich nur auf die Beteuerung des Veräußerers, er sei Eigentümer, das Konzept der Besitzverschaffungsmacht durchbreche derart nicht nur die äußeren, sondern vornehmlich die inneren Voraussetzungen des redlichen Erwerbs,<sup>122</sup> steht und fällt mit der Überzeugung, nur konkretes Vertrauen auf den Rechtsschein sei schützenswert,<sup>123</sup> ohne deren Schwächen kompensieren oder gar die Prämisse, Besitz und Eigentum träfen regelmäßig zusammen, einlösen zu können.<sup>124</sup>

## 2. Die Bewährung der Stellung des Verfügenden aus der Sicht des Erwerbers

Die Anbindung an den Übergabebegriff des § 929 BGB ist auch sachgerecht, da vom Erwerber aus betrachtet die Besitzverschaffungsmacht in aller Regel mehr ausdrückt als der Besitz. Ob der Veräußerer diesen tatsächlich ausgeübt hat,<sup>125</sup> interessiert seinen Partner bei weitem weniger als die Tatsache, daß er in der Lage war, ihm den Besitz zu verschaffen; hat der Erwerber doch erhalten, was aus seiner Sicht für den Erwerb nötig war, konnte er doch unterstellen, die Verfügung gehe in Ordnung.<sup>126</sup> Ihm Nachforschungen darüber zuzumuten, ob der Veräußerer die Sache vorher in seinem Besitz gehabt habe, verursachte nur zusätzlichen Aufwand, ohne stets stichhaltige Hinweise auf die Eigentümerstellung vermitteln zu können, zwänge etwa im Streckengeschäft zu einer zumindest kurzfristigen Übergabe an den Zwischenmann, deren einziger Zweck es wäre, dem Letztabnehmer die Chance des redlichen Erwerbs zu eröffnen. Wenn der BGH die Funktion des Besitzes betonen

<sup>119</sup> v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 217; ähnlich Wadde, JZ 1974, 695; ohne Argument ferner BGHZ 34, 153, 158; ablehnend zu dieser Kritik Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 45.

<sup>120</sup> v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 208f. selbst attackiert den Besitz als Rechtsscheinträger.

<sup>121</sup> Rebe, AcP 173, 194 Fn. 46 unter dem Aspekt des angemäßen Eigenbesitzes.

<sup>122</sup> Wiegand, JuS 1978, 150 Fn. 58 sowie nach Fn. 64.

<sup>123</sup> Wiegand, JuS 1978, 150 bei Fn. 58.

<sup>124</sup> Wiegand, JuS 1978, 146f. schildert die geringe Tauglichkeit des Besitzes, zieht daraus jedoch keine Konsequenzen, sondern legt den Besitz als Rechtsscheinträger seinen weiteren Erörterungen zugrunde.

<sup>125</sup> Nach Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 46 soll der Erwerber aus der Besitzverschaffungsmacht schließen dürfen, daß der Verfügende Besitz hatte.

<sup>126</sup> Berg, JuS 1970, 13; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 165: Die Rechtsmacht des Verfügenden bewährt sich aus der Sicht des Erwerbers; OLG München NJW 1957, 875, 876.

will, zugleich aber die Sicht des Empfängers in den Vordergrund rückt, da von diesem aus gesehen nicht nur derjenige die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübe, der sie selbst übergebe, sondern auch derjenige, auf dessen Weisung die Sache dem Erwerber durch einen Dritten ausgehändigt werde – schließlich brauche und verdiene der Erwerber in beiden Fällen Schutz<sup>127</sup> –, so kann vom Besitz als Rechtsscheinträger keine Rede mehr sein. Der Bruch mit der herrschenden Dogmatik, die ja mit der Notwendigkeit des Besitzes einschneidende Konsequenzen verflucht, ist perfekt, er hätte kaum entschiedener ausfallen können. Nicht der Besitz des Veräußerers legitimiert den redlichen Erwerb, erst das Ergebnis der Verfügung, der Besitz des Erwerbers, überwindet das entgegenstehende Recht des Alteigentümers.

Mit Aufgabe des Dogmas vom Besitz als Rechtsscheinträger löst sich der redliche Erwerb auch gänzlich von einer konkreten Vertrauensbasis, die den Käufer zum Vertragsschluß motivieren müsse; vielmehr entscheidet allein die Tatsache, daß der Erwerber den Besitz erhalten hat, die ihrerseits gar keinen Rechtsschein begründet, sondern lediglich das Ergebnis der Verfügung beschreibt. Das akzentuiert aufs neue die schon beobachtete Übereinstimmung von redlichem Erwerb und Bereicherungsrecht; die Abwicklung im Dreiecksverhältnis entlang der Rechtsgrundbeziehungen trägt nicht dem konkreten Vertrauen des Endabnehmers in die Gültigkeit vorangegangener Verträge Rechnung; sie entlastet ihn ganz im Gegenteil von der Obliegenheit, sich darüber zu informieren, und verweist ihn grundsätzlich auf die Abwicklung mit dem Partner.

Daß dementsprechend auch die Diskrepanz vermieden wird, die eine am Besitz orientierte Theorie in Kauf nehmen muß, da sie nicht erklären kann, warum nicht der auf seinem Rechtsschein basierende Vertragsschluß, ebensowenig die vorgezogene Erfüllung durch den Käufer, sondern erst die Übertragung der Sache selbst die Zäsur bedeutet, bestätigt das Konzept.

### 3. Das Modell des § 934 Fall 2 BGB

Den entscheidenden Fingerzeig gibt § 934 Fall 2 BGB, der unmißverständlich auf die Legitimation durch den Besitz des Verfügenden verzichtet. Die Kritik daran, daß das Gesetz in diesem Fall das Rechtsscheinprinzip endgültig aufgeben,<sup>128</sup> bleibt auf halbem Weg stehen. Ein nicht durchgehaltenes Legitimationsmuster taugt wenig, zumal sich die Alternative anhand des § 934 Fall 2 BGB geradezu aufdrängt: Unabhängig davon, ob man sich damit bescheidet, daß der Erwerber mittelbaren Besitz erhält,<sup>129</sup> oder darauf beharrt, er müsse die unmittelbare Gewalt ausüben, reicht in jedem Fall die Fähigkeit des Veräußerers aus, seinem Partner den Besitz zu

<sup>127</sup> BGHZ 36, 56, 61.

<sup>128</sup> Soergel/Mühl, § 934, 1; Planck/Brodmann, § 934, 1; Heymann, Festgabe für Dahn III S. 218; Martinek, AcP 188, 636; unentschieden Wiegand, JuS 1974, 204.

<sup>129</sup> Vgl. dazu unten § 7 IV 2b (4).

verschaffen.<sup>130</sup> Schon in den Protokollen hatten sich denn auch die Akzente entsprechend verschoben. Willfahre der Dritte dem Verlangen des Erwerbers auf Einräumung des Besitzes an der Sache, so müsse hierin eine Anerkennung des Eigentums des Veräußerers erblickt werden, in diesem Vertrauen dürfe er nicht enttäuscht werden.<sup>131</sup> Das bedeutet letzten Endes, daß nicht die Ausgangslage, sondern vielmehr das Ergebnis – die Einräumung des Besitzes – den Ausschlag gibt. Das besagt denn auch der Topos der Rechtsprechung schon des RG, der Mangel des mittelbaren Besitzes des Veräußerers werde durch die Respektierung seitens des unmittelbaren Besitzers ersetzt,<sup>132</sup> der sich in der Formulierung des BGH fortsetzt, der Vertrauensschutz basiere auf der Anerkennung des in Wirklichkeit nicht bestehenden Herausgabeanspruchs durch den unmittelbaren Besitzer,<sup>133</sup> oder die deutlich bereits den Rückzug vom Besitz als Rechtsscheinträger einleitende Formel in der Literatur, der Veräußerer habe eine legitimierende Besitzlage geprägt, indem er dem Erwerber den Besitz verschafft habe.<sup>134</sup>

Der Schluß von § 934 Fall 2 BGB auf ein durchgängiges Prinzip ist zwingend. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Verfügende einen in Wahrheit nicht bestehenden Herausgabeanspruch aus angeblichem mittelbarem Besitz abtritt – was die h.M. genügen läßt,<sup>135</sup> und das zu Recht, da sonst § 934 Fall 2 BGB auf den Fall reduziert wäre, in dem die Zession eines bestehenden Anspruchs das Eigentum nicht verschafft, und neben § 934 Fall 1 BGB eines eigenständigen Anwendungsbereichs entkleidet wäre<sup>136</sup> –, anschließend der unmittelbare Besitzer sich dem Erwerber unterordnet oder ob sich die Parteien den ersten mangels Gläubigerstellung des vermeintlichen Zedenten ohnedies ins Leere zielenden Schritt ersparen.<sup>137</sup> Alle Kritik, die die Besitzverschaffung als Dreh- und Angelpunkt des redlichen Erwerbs als

<sup>130</sup> Wolff/Raiser, § 69 II 2a; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 46; Rebe, AcP 173, 194; Giehl, AcP 161, 378.

<sup>131</sup> Prot. III 209f. = 3705f. = Mugdan III 632f.

<sup>132</sup> RG JW 1926, 800, 801; ähnlich Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 68.

<sup>133</sup> BGH NJW 1979, 2037, 2038; der Sache nach auch schon RGZ 89, 348, 350.

<sup>134</sup> Heck, Sachenrecht § 59, 5b, d; vgl. auch die Literatur zum Geheißerwerb, die statt auf den Besitz darauf abstellt, daß der Dritte dem Geheiß zu folgen bereit ist; dazu unten § 7 V 1b mit Fn. 337.

<sup>135</sup> RGZ 89, 348, 349f.; 135, 75, 84; 138, 265, 267; RG JW 1926, 800, 801; WarnR 1932 Nr. 79 = S. 161, 167; BGH NJW 1959, 1536, 1539; 1978, 696, 697; 1979, 2037, 2038; WM 1969, 242, 244; Jauernig, § 934, 2b aa; Palandt/Bassenge, § 934, 2b; Soergel/Mühl, § 934, 3; MünchKomm/Quack, § 934, 14; Planck/Brodmann, § 934, 2; Baur, § 52 II 4a; Westermann, § 48 II 3; Bauer, Festschrift für Bosch S. 11; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 69; Herschel, JW 1933, 1997; Probst, ZHR 101, 220.

<sup>136</sup> Jedenfalls dann, wenn man für § 934 Fall 1 BGB die Zession des Herausgabeanspruchs genügen läßt; vgl. dazu unten § 7 IV insbesondere 2; doch auch unter Zugrundelegung der dort h.M., die auf mittelbarem Besitz des Verfügenden beharrt, verbliebe für § 934 Fall 2 BGB nur ein äußerst schmaler Bereich, mit dem man sich, um der Norm einen angemessenen Bezirk zu eröffnen, nicht zufriedengibt; vgl. etwa Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 69.

<sup>137</sup> Wolff/Raiser, § 69 II 2a.

unverträglich mit dem Gesetz brandmarkt,<sup>138</sup> wird durch § 934 Fall 2 BGB widerlegt, der sich zu eben dieser These bekennt.

#### 4. Die Verfügung des Besitzdieners

Es nimmt daher nicht wunder, daß die h.M. ihr Dogma hintanstellt, sobald es nicht mehr in ihr Programm paßt. Ist, wie das § 855 BGB vorsieht, nur der Besitzer, nicht jedoch der Besitzdiener, so müßte dessen unberechtigte Verfügung schon am fehlenden Rechtsschein scheitern.<sup>139</sup>

Einem Streit wie demjenigen, ob die Sache abhanden gekommen sei, wenn sie der Besitzdiener im eigenen Namen veräußere,<sup>140</sup> wäre von vornherein der Boden entzogen.<sup>141</sup> Es dreht sich dabei auch nicht nur um zwei austauschbare Begründungen für ein – dann unzweifelhaftes – Ergebnis. Spätestens bei Geld, dessen Abhandenkommen gemäß § 935 Abs. 2 BGB redlichen Erwerb nicht hindert, muß man Farbe bekennen. Man könnte zwar vom Dieb, mangels Rechtsscheins aber nicht vom Besitzdiener erwerben. Auch die Überlegung, welchen Stellenwert denn einer Vollmacht des Besitzdieners zukomme, ob sie Abhandenkommen überwinde,<sup>142</sup> wäre fehl am Platz, da diese allenfalls die Zurechnung beeinflussen,<sup>143</sup> mitnichten jedoch einen angeblich an den Besitz geknüpften Rechtsschein fingieren könnte. Verfügungen des Organs einer juristischen Person wären, da diese selbst Besitzerin ist,<sup>144</sup> zwangsläufig zum Scheitern verurteilt, ohne daß die Organstellung daran das Ge-

<sup>138</sup> Vgl. soeben § 7 III 1 a. E. mit Fn. 119–123; sowie zur Auffassung *Martineks*, der speziell beim Geheißerwerb den Modellcharakter des § 934 Fall 2 BGB leugnet, unten § 7 V 1 c (1) mit Fn. 346. – Schließlich ist auch § 932 Abs. 1 S. 2 BGB kein Gegenargument; vgl. dazu unten § 7 V 4.

<sup>139</sup> So noch konsequent *Wellspacher*, Vertrauen S. 19; *Leonhard*, Fahrniserwerb S. 109 f.; *Ramdohr*, Gruchot 44, 670; widersprüchlich schon *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 932, 22 (kein Besitz); § 935, 9 (Abhandenkommen); offen *Wiegand*, JuS 1974, 205; inkonsequent *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 40, der schon den Rechtsschein verneint, zusätzlich jedoch Abhandenkommen bejaht. Die h.M. weicht denn auch zum Teil auf die Ausübung der tatsächlichen Gewalt als Rechtsscheintatbestand aus (vgl. etwa *Westermann*, § 49 I 6; *ders.*, JuS 1961, 82; wohl auch *Müller-Erzbach*, AcP 142, 30, der die „Herrschaftslage“ als maßgeblich betrachtet); damit steht freilich der Schluß auf das Eigentum auf noch schwankenderem Terrain als derjenige vom Besitz auf das Recht. Obendrein wird das eigene System der h.M. gesprengt: Soll der Rechtsschein nicht vom Besitz i.S. des Rechtsbegriffs, sondern von der tatsächlichen Gewalt ausgehen, so könnte durch eine Veräußerung des Besitzherrn – für den die tatsächliche Gewalt gerade nicht streitet – nicht redlich erworben werden – eine Konsequenz, die bislang niemand hat ziehen wollen: Natürlich reicht es aus, wenn der Besitzherr den Besitzdiener zur Übergabe anweist (vgl. nur *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 12).

<sup>140</sup> Vgl. dazu unten § 9 II 5.

<sup>141</sup> Das wird allerdings zum Teil nicht wahrgenommen: Der fehlende Besitz wird gegenüber dem – sich im Grunde gar nicht stellenden – Zurechnungsproblem vernachlässigt; vgl. etwa RGZ 71, 248, 253; *Rebe*, AcP 173, 202.

<sup>142</sup> Vgl. dazu unten § 9 II 3 b mit Fn. 80; § 9 II 5 mit Fn. 109.

<sup>143</sup> Vgl. auch dazu § 9 II 5.

<sup>144</sup> Vgl. unten § 9 II 3 c (1) mit Fn. 83.

ringste zu ändern vermöchte.<sup>145</sup> Es kommt wohl nicht von ungefähr, wenn das RG, ohne die Abkehr von den traditionellen Kategorien deutlich zu machen, den Umstand betont, der Besitztienner sei „tatsächlich in der Lage, die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz einem anderen einzuräumen“, obgleich er weder eigenen Besitz habe noch imstande sei, denjenigen des Besitzherrn zu übertragen.<sup>146</sup> Einen Ausweg aus dem Dilemma, der den Bruch mit dem Besitz als Rechtsscheinträger vermiede, verspräche nur eine – bisher in vergleichbarem Kontext vereinzelt verfochtene<sup>147</sup> – „Aufschwunglehre“: Mit der Veräußerung geriere sich der bisherige Besitztienner als Besitzer. Um den Erklärungswert eines Rechtsscheins, der von Fall zu Fall, wo nötig, unterschoben bzw. fingiert wird, der sich erst im Augenblick der Verfügung und allein durch sie manifestiert, um sogleich zugunsten des Erwerbers aufgegeben zu werden, ist es freilich schlecht bestellt. Exakter erfaßt auch hier die Besitzverschaffungsmacht die Problematik. Wer den Besitz erhält, kann sich – unbeschadet eventueller Zurechnungsfragen – auf den ordnungsgemäßen Ablauf der Verfügung verlassen.<sup>148</sup>

### 5. Die Notwendigkeit der Besitzverschaffung

Dagegen läßt sich auf die Besitzerlangung des Erwerbers nicht verzichten, würde der Redlichkeitsschutz ansonsten doch jedes äußeren Anhaltspunktes beraubt, wäre man also wirklich auf den guten Glauben an das bloße Gerede des Veräußerers verwiesen. So bleiben die Ausnahmen, in denen es des Besitzerwerbes nicht bedarf, auf die Übereignung vom Berechtigten beschränkt. Die Fälle sind ohnehin selten. Genannt wird die Verfügung, soweit niemand die Sache besitzt;<sup>149</sup> gesetzlich ausdrücklich geregeltes Beispiel ist § 929a BGB, dessen Gegenüberstellung mit § 934 Fall 2 BGB und § 932a BGB genügt, um den unauflösbaren Zusammenhang zwischen redlichem Erwerb und Besitzerlangung darzutun.<sup>150</sup>

<sup>145</sup> Vgl. Flick, Besitz S. 129, der letztendlich doch wieder den Rechtsschein mit Zurechnungsfragen in einen Topf wirft.

<sup>146</sup> RGZ 71, 248, 249.

<sup>147</sup> So Staudinger/Gursky, § 957, 4, soweit der Besitztienner des Berechtigten die Ancignung gestattet; ders., § 1006, 6 im Rahmen der Vermutung des § 1006 BGB (vgl. dazu schon oben § 7 Fn. 92); Steffen, Rechtsscheinträger S. 101, soweit der mittelbare Besitzer (zunächst) Fremdbesitzer war; RGZ 71, 248, 253 lehnt eine solche Sicht implizit ab, da der Besitztienner nicht eigenen Besitz übertrage; vgl. soeben bei Fn. 146. – Streng genommen könnte man stets dann, wenn der Verfügende ursprünglich Fremdbesitzer war, eine derartige „Aufschwunglehre“ befürworten, deren Erkenntniswert indes gering bliebe.

<sup>148</sup> § 854 Abs. 2 BGB ist kein Gegenargument. Soweit der Nichtberechtignte nicht tatsächlich Besitzer ist, fehlt ihm auch die Besitzverschaffungsmacht, falls nicht redlicher Erwerb des Herausgabeanspruchs in Frage kommt (vgl. hierzu sogleich unter § 7 IV). Jedenfalls ist die Sache aber dem Berechtigten abhanden gekommen.

<sup>149</sup> Beispiel ist der Ring am Meeresgrund, der (vom Berechtigten) durch bloße Einigung übertragen wird; vgl. vorläufig Baur, § 51 VI 1 b bb; weitere Nachw. unten Fn. 162.

<sup>150</sup> Ebenso im Ergebnis Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 2028.

## IV. Die Verschaffung des Herausgabeanspruchs

## 1. Die Funktion der handelsrechtlichen Traditionspapiere

Das Kriterium der Besitzverschaffungsmacht scheint sich in den an § 934 BGB zu stellenden Anforderungen fortzusetzen. Geboten wäre die Einräumung des mittelbaren Besitzes, nicht hinreichend dagegen die Übertragung des bloßen Herausgabeanspruchs, soweit sich der unmittelbare Besitzer nicht unterordnet. Das von dieser weitergehenden Voraussetzung hervorgerufene Unbehagen läßt sich trefflich anhand der handelsrechtlichen Traditionspapiere demonstrieren.

## a) Die Ersetzung nur des Vollzugsmoments

Deren Funktion – mag man über die Wirkungen im Detail auch noch so uneinig sein – beschränkt sich nach vorherrschender Ansicht darauf, den Vollzugsakt zu ersetzen, ohne gleichzeitig die ansonsten zur Verfügung erforderlichen Tatbestandsmerkmale zu überformen. Ohne Einigung kann die Ware nicht übergehen,<sup>151</sup> ist sie gestohlen, so hindert das – anders als bei Abhandenkommen bloß des Traditionspapiers<sup>152</sup> – nach § 935 Abs. 1 BGB den redlichen Erwerb.<sup>153</sup> Die §§ 424, 450, 650 HGB thematisieren demgemäß nur die Übergabe des Gutes bzw. deren Surrogat.<sup>154</sup>

Vertreter eines strikten (positiven) Parallelismus, die an den Erwerb des Papiers den Übergang des Gutes koppeln wollen,<sup>155</sup> sind in der Minderheit geblieben. Letztlich sind sie nicht imstande, zu begründen, weshalb die Begebung des Papiers die

<sup>151</sup> GroßKomm/Canaris, § 363, 84, 92; Hueck/Canaris, § 23 II 1 a; Zöllner, Wertpapierrecht § 25 IV 1; Meyer-Cording, Wertpapierrecht D III vor 1; Brox, Handelsrecht Rdn. 714; Richardi, § 33 IV; Heymann, Festgabe für Dahn III S. 227.

<sup>152</sup> Schlegelberger/Hefermehl, § 366, 56; Heymann/Kötter, § 424, 4; Prüßmann/Rabe, § 650 C 3 a; Ritter, HGB § 366, 7; Jacobi, Ehrenbergs Handbuch IV 1 S. 554; Zöllner, Wertpapierrecht § 25 IV 3 e; Brox, Handelsrecht Rdn. 716; Glaser, NJW 1958, 452; Mannschatz, Konnossement S. 34; Nöthling, Traditionspapiere S. 60 f.; Hermann, Abladegeschäft S. 74; Nielsen, WM 1986 Beilage 9 S. 15.

<sup>153</sup> BGH NJW 1958, 1485; GroßKomm/Canaris, § 363, 89, 93; Hueck/Canaris, § 23 II 1 b, c; Richardi, § 33 IV; Schlegelberger/Hefermehl, § 366, 56; Soergel/Mühl, § 931, 11; Baumbach/Duden/Hopt, § 424, 3 B; Prüßmann/Rabe, § 650 C 3 a; Ritter, HGB § 366, 10; Heymann/Kötter, § 424, 4; Heymann, Festgabe für Dahn III S. 233 f.; Jacobi, Ehrenbergs Handbuch IV 1 S. 553; K. Schmidt, Handelsrecht § 23 III 2 c; Brox, Handelsrecht Rdn. 716; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 281; Kühlberg, Verkehrsschutz S. 70 f.; Eckhardt, Beiträge S. 68; Mannschatz, Konnossement S. 33; Nöthling, Traditionspapiere S. 60 f.; Stengel, Orderkonnossement S. 182; Hermann, Abladegeschäft S. 74; Nielsen, WM 1986 Beilage 9 S. 15.

<sup>154</sup> Heymann, Festgabe für Dahn III S. 228; Jacobi, Ehrenbergs Handbuch IV 1 S. 553; K. Schmidt, Handelsrecht § 23 III 2 c; Meyer-Cording, Wertpapierrecht D III vor 1; Stengel, Orderkonnossement S. 163 f., 183; der Sache nach, wenngleich mit abweichender Formulierung, auch Zöllner, Wertpapierrecht § 25 IV 3 c a. E.

<sup>155</sup> Serick, Festschrift für W. Schmidt S. 327; Schlenzka, Konnossementsrecht S. 118 ff.; nur de lege ferenda Heymann, Festgabe für Dahn III S. 230–234. Natürlich können Papierbegebung und dingliche Einigung zusammenfallen; vgl. dazu nur Heymann/Kötter, § 424, 4.



gesamte Verfügung soll privilegieren können, insbesondere im Vergleich zu einer Veräußerung unter Wechsel des unmittelbaren Besitzes zwischen den Parteien, bei der eine wirksame Einigung allerdings unverzichtbar ist: Legt sie doch erst fest, ob Übereignung oder nur Verpfändung intendiert ist,<sup>156</sup> ohne daß hieran die Ausstellung eines Traditionspapieres etwas zu ändern vermag. Auch gibt es keinen Anlaß, gestohlene Waren dadurch verkehrsfähig zu machen, daß man Verfügungen gegenüber dem Normalfall begünstigt, nur weil der Dieb die Ware einlagert, den Herausgabeanspruch verbrieft läßt und dann das Papier indossiert,<sup>157</sup> noch weniger eine Rechtfertigung dafür, bösgläubige Erwerber zu schützen.<sup>158</sup>

#### b) Der Erwerb vom Berechtigten

Nach dem Wortlaut des § 424 HGB – entsprechendes gilt für die §§ 450, 650 HGB – wirkt die Übergabe des Lagerscheins an denjenigen, der durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird, für den Erwerb von Rechten am Gut wie die Übergabe des Gutes.<sup>159</sup> Die Frage der Eigenständigkeit dieser Variante gegenüber den Vorschriften des BGB oder ihrer Einpassung in dort kodifizierte Übergabemodalitäten, seit langem verwoben mit einem berühmten Theorienstreit, dessen Exponenten sich in jüngster Zeit freilich von den Ergebnissen her aufeinander zu bewegen, läßt sich am besten an zwei Problemkreisen festmachen: Zum einen, ob sich die Ware bei Übertragung des Papiers noch im Besitz des Papierschuldners befinden muß, zum anderen, ob er die Verfügung dadurch torpedieren kann, daß er, etwa durch eine Unterschlagung, Eigenbesitz begründet.

Der Erwerb vom Berechtigten braucht sich freilich um diese Fragen gar nicht zu kümmern. Ohne Rücksicht auf die Verkörperung des Herausgabeanspruchs im Papier und dessen Schicksal durch Verlust des unmittelbaren Besitzes bzw. aufgrund einer Aufkündigung des Fremdbesitzes kann der schuldrechtliche Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer, etwa gegen einen Dieb, der zumindest auf den §§ 823 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB basiert, abgetreten werden.<sup>160</sup> Wo man eine solche Forderung verneint<sup>161</sup> oder sie tatsächlich untergegangen ist, genügt die

<sup>156</sup> BGHZ 36, 329, 336; RGRK/Pikart, § 929, 114; GroßKomm/Canaris, § 363, 84; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 54; *Eckhardt*, Beiträge S. 68. Das Papier selbst wird regelmäßig übereignet, auch wenn das Gut nur verpfändet werden soll, so daß sich daraus auch keine mittelbaren Schlüsse über den Charakter des dinglichen Geschäfts ziehen lassen (vgl. dazu *Stengel*, Orderkonnossement S. 165); es kann sich allerdings auch nur um ein Vollmachtsindossament handeln (BGHZ 36, 329, 336).

<sup>157</sup> BGH NJW 1958, 1485; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 366, 56; *Ritter*, HGB § 366, 10; *Reinicke*, BB 1960, 1369f.; *Stengel*, Orderkonnossement S. 185 mit Fn. 102; *Kühlberg*, Verkehrsschutz S. 71.

<sup>158</sup> BGH NJW 1958, 1485; *Glaser*, NJW 1958, 452; vgl. ferner die Darstellung bei *Stengel*, Orderkonnossement S. 183 mit umfangr. Nachw. in Fn. 93.

<sup>159</sup> Daß mit der Übergabe auf die Regeln der wertpapierrechtlichen Rechtsübertragung verwiesen wird, ist unstreitig; vgl. statt aller *Stengel*, Orderkonnossement S. 162 mwN.

<sup>160</sup> BGH WM 1974, 11, 12; RGRK/Pikart, § 931, 13.

<sup>161</sup> Vgl. zu diesem Problem unten § 7 IV 2.

bloße Einigung.<sup>162</sup> Unbeschadet der Kontroverse, ob die Zession des Herausgabeanspruchs die Übergabe des Papiers voraussetzt,<sup>163</sup> plädiert niemand dafür, den Erwerb zu sperren, etwa in dem Sinne, bei Papieren, die den unmittelbaren Besitzer wegen des Diebstahls nicht mehr korrekt bezeichneten, sei jede Verfügung des Eigentümers über sein Gut unwirksam.<sup>164</sup> Eine Ausnahme, die dem Eigentümer jedwede Verfügung verunmöglichen würde, wenn beispielsweise nach Unterschlagung der Sache durch Begründung von Eigenbesitz seitens des Papierschuldners auch § 931 BGB als Übergabemodalität lahmgelegt und damit letztendlich jede Übereignung ausgeschlossen würde, fiel gänzlich aus dem Rahmen. Für sie gibt es denn auch keinen Anlaß; die Veräußerung richtet sich vielmehr nach den gängigen bürgerlich-rechtlichen Wegen der Übergabe.

#### c) Der Erwerb vom Nichtberechtigten

Der Besitz des Papierschuldners in seinen unterschiedlichen Schattierungen wird also erst relevant beim Erwerb vom Nichtberechtigten. Hier treten signifikante Abweichungen zutage, je nachdem, welcher Ansicht man zuneigt.

(1) Die Anhänger der absoluten Theorie tendieren dazu, die erste Frage zu verneinen, weil sie die §§ 424, 450, 650 HGB als eigenständige Möglichkeit der Übereignung deuten, die auf die Übergabe gemäß den §§ 929 ff. BGB verzichte und wie die Aushändigung des unmittelbaren Besitzes unter § 929 S. 1 BGB zu fassen sei. Redlichkeitsschutz gewähre § 932 BGB, während die §§ 934, 936 Abs. 3, 1205 Abs. 2 BGB verdrängt seien. Nach der Übernahme des Gutes durch den Lagerhalter beeinflusse die weitere Entwicklung der Besitzverhältnisse die Verfügung nicht, es schade daher nicht einmal, wenn der Lagerhalter den Besitz durch einen Diebstahl verliere.<sup>165</sup> Die Möglichkeit, die Ware durch Begebung des Papiers zu veräußern, gehe

<sup>162</sup> Vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 931, 1; *Erman/A. Schmidt*, § 931, 2; *AK/Reich*, §§ 930 ff., 11; *MünchKomm/Quack*, § 931, 26; *Soergel/Mühl*, § 931, 4; *Baur*, § 51 VI 1 b bb; *Westermann*, § 41 II 4 b; *Wolff/Raiser*, § 67 II 2; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 25 IV 3 f; *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 14 Fn. 44; a. A. *RGRK/Pikart*, § 931, 13; wohl auch *GroßKomm/Canaris*, § 363, 98; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 931, 2 mwN., der aber die Abtretung des zukünftigen Herausgabeanspruchs – wenn die Sache beispielsweise wieder gefunden wird – zuläßt; OLG Hamburg DR 1918 Nr. 1536.

<sup>163</sup> Vgl. hierzu unten § 8 II 3 d.

<sup>164</sup> Vgl. hierzu den Überblick bei *Stengel*, Orderkonossement S. 82 ff., 164 über Lösung und Konstruktion der jeweiligen Theorien; speziell für die absolute Theorie *Ritter*, HGB § 366, 5; *Schlenzka*, Konnossementsrecht S. 36 f.; speziell für die Repräsentationstheorie *Eichler*, II 1 S. 149; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 52; wohl auch *Prüßmann/Rabe*, § 650 C 2.

Selbst ein Vertreter des strengen Parallelismus, wie *Serick*, Festschrift für Walter Schmidt S. 328 f., läßt den Erwerb nach bürgerlich-rechtlichen Normen auch dann zu, wenn ein Orderlagerschein ausgestellt ist.

<sup>165</sup> *Heymann*, Festgabe für Dahn III S. 161; *Heymann/Kötter*, § 424, 2; *Planck/Brodmann*, § 870, 7; *Ritter*, HGB § 366, 5; *Schlenzka*, Konnossementsrecht S. 88 ff.; *Kühlberg*, Verkehrsschutz S. 48 f., 55 ff.; *Mannschatz*, Konnossement S. 29; *Kötteritzsch*, Konnossement S. 37 f.; *Nöthling*, Traditionspapiere S. 40, 54 ff.; *Lehmann*, JW 1934, 1334; vgl. auch den zusammenfassenden Überblick bei *Stengel*, Orderkonossement S. 13 ff. mwN., dort S. 16 f. auch zur

erst unter, wenn ein Dritter das Gut redlich erwerbe und dabei auch den unmittelbaren Besitz erhalte<sup>166</sup> oder wenn es nicht mehr existiere.<sup>167</sup>

Der im Papier verbriefte Herausgabeanspruch zielt jedoch in dem Augenblick ins Leere, da der Schuldner seinen Besitz verloren hat. Anders als im Fall einer Geldschuld, die regelmäßig nicht durch die Unmöglichkeit, die konkreten Scheine zu übergeben, erlischt, ist der Lagerhalter nach einem Diebstahl außerstande, dem Herausgabeanspruch Folge zu leisten.<sup>168</sup> Ob der Schuldner dies zu vertreten hat, beeinflusst nur den Schadensersatz-, nicht dagegen den Herausgabeanspruch.<sup>169</sup> Kann die im Papier verbriefte Schuld nicht mehr getilgt werden, fruchtet auch der redliche Erwerb als solcher nichts – schon deshalb, weil selbst der Eigentümer einen nicht mehr existenten Herausgabeanspruch gegen den Papierschuldner nicht wirksam zedieren könnte.<sup>170</sup> Der Dieb als jetziger Besitzer seinerseits ist im Papier nicht genannt, weshalb er aus ihm also auch nicht haftet, selbst wenn, was die Regel sein dürfte, gegen ihn Restitutionsforderungen bestehen.<sup>171</sup>

Die absolute Theorie koppelt damit nicht nur die Übereignung zur Gänze von der Besitzlage ab, für sie hat darüber hinaus auch der im Papier verbriefte Herausgabeanspruch, auf dessen Durchsetzbarkeit gegen den Papierschuldner verzichtet wird, keinerlei Stellenwert mehr. Man hat es unternommen, dies im Hinblick auf Entstehungsgeschichte, Wortlaut, Systematik und Zweck der Vorschriften über die Traditionspapiere zu legitimieren,<sup>172</sup> ohne die Bedenken zerstreuen zu können. Immer geht es – dies sei nochmals betont – um den Erwerb vom Nichtberechtigten, der seinem Partner keinen Anspruch aus dem Papier selbst verschaffen kann, und sei es auch nur deswegen, weil der Schuldner zur Herausgabe nicht mehr in der Lage ist. Vor dem Risiko der Unmöglichkeit schirmt den redlichen Erwerber nicht einmal der ansonsten wesentlich umfassendere § 365 Abs. 1 HGB iVm. Art. 16 Abs. 2 WG ab. Um so weniger besteht dann Anlaß, den redlichen Erwerb des Gutes selbst zu

---

Nebenrichtung, die als Konzession an die relative Theorie die Traditionswirkung verneint, wenn der Papierschuldner den Besitz verloren hat.

<sup>166</sup> Heymann, Festgabe für Dahn III S. 166, 228; Heymann/Kötter, § 424, 2; Planck/Brodmann, § 870, 7; Kühlberg, Verkehrsschutz S. 52f., 72f.; Schlenzka, Konnossementsrecht S. 37f.; Mannschatz, Konnossement S. 35; Nöthling, Traditionspapiere S. 40; Lehmann, JW 1934, 1334.

<sup>167</sup> Kühlberg, Verkehrsschutz S. 67f.

<sup>168</sup> BGH LM Nr. 1 zu § 931 BGB; GroßKomm/Canaris, § 363, 98; Hueck/Canaris, § 23 II 3b; Pappenheim, Seerecht S. 349 Fn. 1; Eckhardt, Beiträge S. 67; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 283; im Ergebnis auch Zöllner, Wertpapierrecht § 25 IV 3d; ebenso wohl RGZ 89, 40, 41; 98, 335, 336.

<sup>169</sup> So die h. M.; vgl. speziell die Nachw. in Fn. 168 und allgemein etwa Staudinger/Löwisch, § 275, 44; Larenz, I § 21 I b mwN. auch zur Gegenmeinung.

<sup>170</sup> Ähnlich GroßKomm/Canaris, § 363, 98.

<sup>171</sup> Wolff, ZHR 58, 622; Eckhardt, Beiträge S. 69.

<sup>172</sup> Schlenzka, Konnossementsrecht S. 46–64; Kühlberg, Verkehrsschutz S. 56–67, der, nicht ganz konsequent von seinem sonstigen Bestreben her, auf S. 70 konzidiert, Verkehrsschutz sei kein isolierter Höchstwert; Mannschatz, Konnossement S. 30–33; Nöthling, Traditionspapiere S. 59.

eröffnen,<sup>173</sup> – zumal die absolute Theorie der Notwendigkeit, seine Vereinbarkeit, wenn schon nicht mit den §§ 932 ff. BGB, so wenigstens mit deren Rechtsgedanken nachzuweisen, keineswegs enthoben ist, obgleich sie sich dieser Aufgabe regelmäßig entzieht. Der Erwerber braucht ebensowenig geschützt zu werden wie bei einer später untergegangenen<sup>174</sup> oder gar fiktiven Ware.<sup>175</sup>

Mit der These, der Besitz des Papierschuldners wie die Existenz des Herausgabeanspruchs seien ohne Belang, läßt es sich nur schwer vereinbaren, den redlichen Erwerb eines Dritten als Sperre für die Verkehrsfähigkeit des mit Hilfe des Papiers zu übereignenden Gutes einzubauen. Daß das Papier in diesem Augenblick inhaltsleer werde,<sup>176</sup> folgt keineswegs schon notwendig aus den Prämissen der absoluten Theorie.<sup>177</sup> Sobald man die Übertragung des Papiers mit der Weitergabe unmittelbaren Besitzes identifiziert,<sup>178</sup> müßte der Nehmer angesichts der Bedeutungslosigkeit tatsächlichen unmittelbaren Besitzes des Schuldners des Papiers und eines realisierbaren Herausgabeanspruchs gegen ihn seinerseits redlich Eigentum erwerben können. Ein vorangegangener redlicher Erwerb hindert doch nicht dessen Wiederholung.<sup>179</sup> Der Begünstigte hat keine sicherere Stellung, als wenn er vom Berechtigten erworben hätte. Daß der gutgläubige Erwerb der Ware der Legitimationswirkung des Konnossements ein Ende setzt,<sup>180</sup> stilisiert das Ergebnis zur Prämisse hoch. Der Erst-recht-Schluß aus § 935 Abs. 1 BGB – scheitere der Erwerb bei abhanden gekommenem, dann natürlich auch bei noch ausgeübtem unmittelbarem Besitz des Berechtigten<sup>181</sup> – verläßt sich auf die Besitzlage, die kurz vorher als gänzlich irrelevant abqualifiziert wurde; er versagt insgesamt, wenn erneut mittelbarer, nicht verbriefter Besitz begründet worden war.

<sup>173</sup> GroßKomm/Canaris, § 363, 98: negativer Parallelismus.

<sup>174</sup> Heymann, Festgabe für Dahn III S. 228 und Kühlberg, Verkehrsschutz S. 67f. negieren in diesen Fällen die Wirkung der absoluten Theorie, werden damit aber der eigenen Prämisse untreu. Kommt es auf Besitz bzw. einen Herausgabeanspruch nicht an, wie dies die absolute Theorie notwendig annimmt, müßte die versunkene Ware nicht nur vom Berechtigten erworben werden können – daß dies möglich ist, ist entgegen Kühlberg, aaO. ganz h. M. –, sondern auch vom Nichtberechtigten, obwohl der Käufer hierbei keinerlei realisierbaren Herausgabeanspruch erhält.

<sup>175</sup> Für die auch Heymann, Festgabe für Dahn III S. 228 die dingliche Wirkung leugnet.

<sup>176</sup> So Heymann/Kötter, § 424, 2; Schlenzka, Konnossementsrecht S. 38.

<sup>177</sup> Der Hinweis von Heymann, Festgabe für Dahn III S. 166, das Ergebnis kongruiere nach allen Theorien, ist richtig, verschweigt aber, daß es bei den anderen Theorien zum Ausgangspunkt paßt.

<sup>178</sup> Heymann, Festgabe für Dahn III S. 161; Kühlberg, Verkehrsschutz S. 55; Schlenzka, Konnossementsrecht S. 45 mit der hier ja erst zu untersuchenden Ausnahme nach redlichem Erwerb: Der dingliche Herausgabeanspruch des Konnossementsinhabers dürfe nicht in einer ihn ausschließenden Weise auf einen Dritten übergegangen sein. Der dingliche Anspruch steht immer nur dem Berechtigten zu; vgl. zu diesem Postulat der absoluten Theorie die Kritik bei Makower, HGB § 424 IIa 1 a. E., 2.

<sup>179</sup> Kühlberg, Verkehrsschutz S. 73 gegen Schlenzka, Konnossementsrecht S. 38.

<sup>180</sup> Schlenzka, Konnossementsrecht S. 37.

<sup>181</sup> Kühlberg, Verkehrsschutz S. 72f.; vgl. dazu auch unten § 8 I mit Fn. 6.

Letztlich verzichtet das Gesetz selbst nicht auf jeden Herausgabeanspruch. Indem es in § 424 HGB die Übernahme fordert, setzt es voraus, daß dieser Herausgabeanspruch einmal bestand<sup>182</sup> – was nicht begreiflich zu machen wäre, wenn es später darauf gar nicht mehr ankommen sollte.<sup>183</sup> Schwächen der Repräsentationstheorie hervorzukehren, etwa die einseitige Betonung des (vom Schuldner anerkannten) Besitzmittlungsverhältnisses,<sup>184</sup> genügt zur Rechtfertigung der absoluten Theorie nicht, namentlich wenn man ihnen anderweitig abhelfen kann.<sup>185</sup>

(2) Hatte die absolute Theorie den Besitz des Schuldners vollständig beiseite gelassen, so steht die Repräsentationstheorie auf dem anderen Extrem der Skala: Zwar ersetze – insoweit in Einklang mit der absoluten Theorie – die Übergabe des Papiers die Einräumung des unmittelbaren Besitzes, falle die Übereignung also unter § 929 S. 1 BGB, so daß die §§ 936 Abs. 1 S. 3, Abs. 3, 1205 Abs. 2 BGB nicht in Betracht kämen, doch endeten die Gemeinsamkeiten bei den Anforderungen, die an den Besitz des Papierschuldners zu stellen seien: Nur soweit der Inhaber des Gutes dem berechtigten Papierinhaber den Besitz auch tatsächlich mittle, ersetze die Papierübergabe die Weitergabe des Gutes,<sup>186</sup> während die Übereignung scheitere, sofern

<sup>182</sup> GroßKomm/Canaris, § 363, 86; Hueck/Canaris, § 23 II 3 b; Schlegelberger/Hefermehl, § 363, 52; Schaps/Abraham, § 650, 11; Pappenheim, Seerecht S. 348; Brox, Handelsrecht Rdn. 715; Eckhardt, Beiträge S. 67; Stengel, Orderkonnossement S. 179 (für § 650 HGB). Dabei ist streitig, ob (bei Übernahme nach Ausstellung des Traditionspapiers) Fremdbesitzerwille des Papierschuldners gegeben sein muß; bejahend etwa Schlegelberger/Hefermehl, § 363, 51; Stengel, Orderkonnossement S. 178; verneinend GroßKomm/Canaris, § 363, 86.

Wenn Kühlberg, Verkehrsschutz S. 62 glaubt, das Übernahmeerfordernis solle betrügerischer Manipulation des Einlagernden vorbeugen, da er nicht mehr gestützt auf den Besitz verfügen könne, übersieht er zweierlei: Zum einen, daß mittelbarer Besitz des Lagerhalters genügt (GroßKomm/Canaris, § 363, 85), also eine zweite Verfügung unter Einräumung des unmittelbaren Besitzes nicht stets verwehrt ist, zum anderen, daß er für eine Neigung zu solchen Machenschaften der Einlagernden, der durch die Verlässlichkeit der Lagerhalter zu steuern sei, eigentlich keine Anhaltspunkte hat; ablehnend etwa Stengel, Orderkonnossement S. 177. Nicht zu folgen ist auch Schlenzka, Konnossementsrecht S. 54, der das Übergabeerfordernis durch die Notwendigkeit der Individualisierung gerechtfertigt sieht. Beides ist nicht notwendig miteinander verbunden.

<sup>183</sup> Eckhardt, Beiträge S. 67.

<sup>184</sup> So Heymann/Kötter, § 424, 2; Kühlberg, Verkehrsschutz S. 46, 47, 58; Nöthling, Traditionspapiere S. 38f.

<sup>185</sup> Vgl. dazu sogleich unten § 7 IV 1 c (3).

<sup>186</sup> Schlegelberger/Hefermehl, § 363, 50, 57; Schlegelberger/Liesecke, § 650, 2; Schaps/Abraham, § 650, 4, 11; Soergel/Mühl, § 931, 11; RGRK/Pikart, § 929, 116; Staudinger/Bund, § 868, 54; Meyer-Cording, Wertpapierrecht D III 3; J. v. Gierke, Recht der Wertpapiere S. 116; Eichler, II 1 S. 149; Abraham, ZHR 116, 5; Locher, Recht der Wertpapiere S. 149; Ernst, Ablader S. 50ff.; Wüstendorfer, Seerecht S. 323; Dumke, Konnossement S. 75; Reinicke, BB 1960, 1370; Siebert, ZHR 93, 36, 45f.; Wolff, ZHR 58, 621f.; Hermann, Abladegeschäft S. 69; wohl auch Stengel, Orderkonnossement S. 180f., insbesondere Fn. 90; Eckhardt, Beiträge S. 65, 68f., der aber auf den Herausgabeanspruch, nicht auf den Besitz abstellt; trotz Bedenken Prüßmann/Rabe, § 650 B 2; wohl auch J. v. Gierke, Handelsrecht S. 615; vgl. auch die umfassende Darstellung bei Stengel, Orderkonnossement S. 9ff. mwN. zur älteren Literatur. Die Einordnung der Rechtsprechung ist nicht ganz einfach; BGH LM Nr. 1 zu § 931 BGB

der unmittelbare Besitzer sich dem Dritten nicht mehr unterordnen wolle und demzufolge Eigenbesitz begründet habe.<sup>187</sup> Die Repräsentationstheorie abstrahiert damit nicht vom Besitz des Verfügenden, sie fingiert ihn lediglich „dem Grade nach“,<sup>188</sup> indem sie den mittelbaren zum unmittelbaren Besitz hochstilisiert, sie besteht jedoch auf dem Entschluß des unmittelbaren Besitzers, sich dem mittelbaren Besitzer unterzuordnen.

Mit der Natur der Traditionspapiere als Wertpapiere läßt sich eine derartige Sicht nicht zur Deckung bringen. Die an den Wechsel angelehnte erhöhte Verkehrsfähigkeit des verbrieften Herausgabeanspruchs wird unterlaufen, gibt man es der Willkür des unmittelbaren Besitzers anheim, ob er die damit intendierte Übereignung durch einen dem Gläubiger nicht einmal notwendig erkennbaren Willensentschluß torpediert. Der (redlich erworbene) Herausgabeanspruch hätte der stärkeren Vindikation des Eigentümers zu weichen.<sup>189</sup> So sieht sich die Repräsentationstheorie, will sie nicht die Verkehrsfähigkeit in wesentlichen Punkten aushöhlen, zu Konzessionen genötigt, die nicht mehr in ihr System passen. Ein Dieb des Traditionspapiers soll beispielsweise wirksam über dieses verfügen können, obgleich der unmittelbare Besitzer keinerlei Veranlassung hat, sich ihm zu unterwerfen.<sup>190</sup>

Doch nicht nur für den Erwerb vom Nichtberechtigten führt die Theorie zu merkwürdigen Folgen, auch § 364 Abs. 2 HGB verliert mehr oder weniger seinen Sinn. Mit der Aufkündigung des mittelbaren Besitzes durch den unmittelbaren Besitzer entfällt nach der Repräsentationstheorie die spezielle handelsrechtliche Traditionswirkung; die Übereignung ist nach dem BGB zu konstruieren.<sup>191</sup> Sie ist einer Privilegierung des gutgläubig einredefreien Erwerbs, wie er das Handelsrecht auszeichnet, entkleidet. Dem unmittelbaren Besitzer als dem Schuldner stünden auf-

---

meint, nicht die Ware oder deren Besitz, sondern der Herausgabeanspruch werde im Papier verkörpert; BGHZ 49, 160, 163 spricht davon, daß der mittelbare Besitz am eingelagerten Gut durch den unmittelbaren Besitz am Papier repräsentiert werde, während BGHZ 68, 18, 23 nunmehr wieder zur Formulierung von BGH LM Nr. 1 zu § 931 BGB zurückkehrt.

<sup>187</sup> *Schlegelberger/Liesecke*, § 650, 2; *GroßKomm/Helm*, § 450, 2; *Schaps/Abraham*, § 650, 11, 13; *Staudinger/Bund*, § 868, 54; *Eichler*, II 1 S. 149; *Reinicke*, BB 1960, 1370; *Abraham*, ZHR 116, 5; *Locher*, Recht der Wertpapiere S. 149; *Ernst*, Ablader S. 51; *Siebert*, ZHR 93, 36, 45 f., 47; *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht D III 3; a. A., obgleich jeweils Anhänger der Repräsentationstheorie, *Prüßmann/Rabe*, § 650 C 2; *Wolff*, ZHR 58, 621 f.; weitere Nachw. bei *Stengel*, Orderkonnossement S. 65 Fn. 232; unklar *Pappenheim*, Seerecht S. 348 und *Müller-Erzbach*, Handelsrecht S. 886, die nur von der Notwendigkeit des Besitzes sprechen; von *Kühlberg*, Verkehrsschutz S. 49 (daher wohl zu Unrecht) als Vertreter einer gemäßigten Richtung der Repräsentationstheorie in Anspruch genommen; nach *Dumke*, Konnossement S. 77 ist mit dem Schein stets der mittelbare Besitz verknüpft.

<sup>188</sup> *Heymann*, Festgabe für Dahn III S. 163; *Stengel*, Orderkonnossement S. 11 mwN. in Fn. 55.

<sup>189</sup> *Hueck/Canaris*, § 23 II 3 a.

<sup>190</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 363, 87, der darauf hinweist, daß die geforderte Besitzmittlung für den berechtigten Inhaber (so *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 52) hier nicht vorliegt, gleichwohl aber redlicher Erwerb des Papiers (und damit des verbrieften Anspruchs) möglich ist.

<sup>191</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 164.

grund seines eigenmächtigen vertragswidrigen Verhaltens alle Einwendungen zu, die ihm dem Zedenten gegenüber eröffnet waren, ungeachtet der Tatsache, daß der redliche Zessionar von ihnen keine Kenntnis zu haben brauchte und speziell dieses Schutzes des § 364 Abs. 2 HGB wegen<sup>192</sup> die Papierbegebung vorgezogen haben mag;<sup>193</sup> der Vertragsbruch würde sich für den Schuldner auch noch auszahlen.

Die mit Blick auf die dokumentierten Verwicklungen angeratene Alternative – Subsumtion des Übergabesurrogats unter § 931 BGB, gleichzeitig Begünstigung des Erwerbers gemäß den §§ 364 Abs. 2, 365 Abs. 1 HGB – ist ohne Zweifel sinnvoll, gibt aber die Prämisse, die Traditionspapiere normierten ein von den üblichen Modalitäten der §§ 929ff. BGB gelöstes Übergabesurrogat, endgültig auf, integriert vielmehr die §§ 424, 450, 650 HGB in die Regelung des BGB.

(3) So haben denn die Ungereimtheiten der absoluten Theorie wie ihres Pendants, der Repräsentationstheorie, den Rahmen abgesteckt. Unumgänglich ist der Besitz des Papierschuldners, soll die mit dem Papier verknüpfte Wirkung nicht leerlaufen, ohne Konsequenzen für die Übereignung bleibt es dagegen, wenn er, auch unter Verletzung seiner Pflicht, den Fremd- in Eigenbesitz verwandelt hat.<sup>194</sup>

Beim Erwerb vom Berechtigten ohne Einflußnahme,<sup>195</sup> in der Bedeutung auf Verfügungen vorgegeblicher Eigentümer reduziert, ist die Funktion der Traditionspapiere auf den schuldrechtlichen Herausgabeanspruch zugeschnitten; nur die Zession der Forderung vermögen diese zu erleichtern, indem sie – über die Vorschriften des BGB hinaus, das keinen Redlichkeitsschutz für solche Forderungen kennt, soweit man von dem nur selten betroffenen § 405 BGB absieht – aufgrund ihres Wertpapiercharakters in den dadurch geschaffenen Grenzen den gutgläubigen Erwerb der verbrieften Forderung gemäß § 365 Abs. 1 HGB iVm. Art. 16 Abs. 2 WG ermöglichen.<sup>196</sup>

<sup>192</sup> Dessen genaue Voraussetzungen hier nicht erörtert zu werden brauchen; vgl. nur GroßKomm/Canaris, § 364, 19ff.

<sup>193</sup> Ähnlich K. Schmidt, Handelsrecht § 23 III 2 c a.E. (Beispiel Nr. 6) unter Hinweis auf § 365 HGB iVm. Art. 16 Abs. 2 WG.

<sup>194</sup> So die wohl schon h.M.; vgl. etwa GroßKomm/Canaris, § 363, 75 ff., zusammenfassend 118; Hueck/Canaris, § 23 II 5; Zöllner, Wertpapierrecht § 25 IV 4; K. Schmidt, Handelsrecht § 23 III 2 c; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 284; Brox, Handelsrecht Rdn. 715; Harms, Wertpapierrecht S. 130; Richardi, § 33 IV; Stengel, Orderkonnossement S. 167 ff. sieht durch die Traditionspapiere eine Art Mindeststandard garantiert: Die Übergangswirkungen müßten nur dort Platz greifen, wo die BGB-Regeln für den Erwerber von Waren, der sich eines Orderkonnossements bediene, schlechter seien als bei direkter Übergabe der Ware; Stengel integriert damit die Traditionspapiere jedenfalls weitgehend ins BGB; vgl. aaO. S. 173. Wie die heute h.M. schon früher Hellwig, Verträge S. 345 f., 513 f. (dort zur Besonderheit der Ansprüche aufgrund der Verbriefung); wohl auch Heck, Sachenrecht § 59, 8; Jacobi, Wertpapiere S. 274, der mit der Gläubigerstellung des Erwerbers, was den Herausgabeanspruch angeht, stets auch den mittelbaren Besitz bejaht; Pappenheim, Seerecht S. 348; Makower, HGB § 424 II b 3; Eckhardt, Beiträge S. 71. Schon die Prot. III 663 f. = 8607 = Mugdan III 634 meinen, das Konnossement sei „im Grunde ein Anspruch auf Herausgabe“.

<sup>195</sup> Vgl. oben § 7 IV 1 b a.E.

<sup>196</sup> So schon Hellwig, Verträge S. 345 f.; vgl. ferner GroßKomm/Canaris, § 363, 95, 118; Hueck/Canaris, § 23 II 3 a, 5 b; K. Schmidt, Handelsrecht § 23 III 2 c; Zöllner, Wertpapierrecht

Während also den Regeln des BGB zufolge ein nur vermeintlicher Forderungsinhaber seinem Partner nicht zu einem schuldrechtlichen Anspruch zu verhelfen imstande ist und – soll der redliche Erwerb gelingen – gemäß § 934 Fall 2 BGB der zumindest mittelbare Besitz aufgrund der Unterwerfung des unmittelbaren Besitzers hinzukommen muß – bei Licht besehen genügt allerdings auch hier ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch<sup>197</sup> –, kann der Veräußerer, der seinem Kontrahenten ein Traditionspapier begibt, auch als Nichtberechtigter ihm eine solche Forderung durch redlichen Erwerb verschaffen, ohne daß der Papierschuldner beteiligt zu werden braucht. Die Kennzeichnung des Ergebnisses als wertpapierrechtlich fortgebildete und modifizierte Theorie<sup>198</sup> bzw. als Theorie des wertpapierrechtlichen, aber sachenrechtsbezogenen Verkehrsschutzes<sup>199</sup> tritt, da nur der Nomenklatur verhaftet, als sekundär gegenüber der Einbettung in die Regelung der Eigentumsübertragung des BGB in den Hintergrund. Für den hier interessierenden Kontext<sup>200</sup> kommt man, abgesehen allenfalls von Randbereichen,<sup>201</sup> mit dem Instrumentarium des BGB zurecht, das lediglich um die Chance des redlichen Erwerbs des Rechts aus dem Papier als Auswirkung seines Wertpapiercharakters abgerundet wird. Der Akzent verschiebt sich weg vom (auch mittelbaren) Besitz als Rechtscheinträger, den der Indossant des Papiers gerade nicht notwendig ausübt, hin zu seiner Fähigkeit, dem Erwerber den Herausgabeanspruch zu verschaffen. Die gesetzliche Regelung ist charakterisiert durch das Ergebnis der Verfügung, nicht durch ihre Ausgangslage.

#### d) Die Einordnungsproblematik

Die damit noch nicht eindeutig geklärte Frage der Zuordnung zu § 934 Fall 1<sup>202</sup> bzw. Fall 2 BGB<sup>203</sup> beschränkt sich auf eine eher formale Abgrenzung. Dem Wortlaut nach ist keine der Alternativen einschlägig, weil beide – § 934 Fall 2 BGB

---

§ 25 IV 3 c a. E., 3 e; *Harms*, Wertpapierrecht S. 130; wohl auch *Brox*, Handelsrecht Rdn. 716. Daß mit redlichem Erwerb des Herausgabeanspruchs derjenige des bisher Berechtigten erlischt, ist allgemein anerkannt; vgl. nur *Stengel*, Orderkonnossement S. 97 mwN.

<sup>197</sup> Vgl. dazu unten § 7 IV 2. Insofern ist es nicht korrekt, wenn in solchen Fällen noch eine zusätzliche Besitzeinräumung für notwendig erachtet wird; so etwa jedoch *Nötbling*, Traditionspapiere S. 30; richtig dagegen *Stengel*, Orderkonnossement S. 96 f.

<sup>198</sup> So etwa *GroßKomm/Canaris*, § 363, 118.

<sup>199</sup> So etwa *Zöllner*, Wertpapierrecht § 25 IV 4.

<sup>200</sup> Zu den Problemen im Rahmen der §§ 930, 933 BGB vgl. unten § 8 II 1 d (2).

<sup>201</sup> Wie dem Problem des § 1205 Abs. 2 BGB, dem hier nicht näher nachgegangen werden soll; vgl. etwa *GroßKomm/Canaris*, § 363, 104.

<sup>202</sup> *Hueck/Canaris*, § 23 II 3 a für den Fall des fehlenden Besitzmittlungswillens des unmittelbaren Besitzers; *Stengel*, Orderkonnossement S. 93 für den Fall eines bestehenden Herausgabeanspruchs; *ders.*, S. 97 ff. für einen redlich erworbenen Herausgabeanspruch; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 25 IV 3 c für einen redlich erworbenen Herausgabeanspruch: „Grundgedanke des § 934 Fall 1 BGB“.

<sup>203</sup> *Hueck/Canaris*, § 23 II 2 a für einen bestehenden Herausgabeanspruch; *GroßKomm/Canaris*, § 363, 95; *Harms*, Wertpapierrecht S. 130 für einen redlich erworbenen Herausgabeanspruch; *K. Schmidt*, Handelsrecht § 23 III 2 c Fall 5 stellt auf eine Gesamtschau der §§ 932, 934 BGB ab; unklar die Einordnung bei *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 282.



zumindest – mittelbaren Besitz fordern. Verlagert sich die Problematik ohnehin auf die Verschaffung des Herausgabeanspruchs, so legt das die Subsumtion unter § 934 Fall 1 BGB nicht nur dann nahe, wenn eine solche Forderung tatsächlich existiert, sondern auch, wenn sie von einem Nichtberechtigten redlich erworben wird, was mit dem Umstand harmoniert, daß im Gegensatz zu der bei § 934 Fall 2 BGB üblichen Gestaltung der unmittelbare Besitzer nicht in die Verfügung einbezogen wird.<sup>204</sup> Die Gegenansicht pointiert in stärkerem Maße die Tatsache, daß redlicher Erwerb eines Herausgabeanspruchs diesen erst in der Hand des Indossatars entstehen läßt – eine Sicht, die man, sollte sie nicht ohnehin als derivativer Erwerb iS. des § 934 Fall 1 BGB eingeordnet werden, mit ihm jedenfalls gleichzubehandeln hat.

## 2. Die Zession des Herausgabeanspruchs

Es mag plausibel wirken, die Verschaffung des Herausgabeanspruchs, nicht jedoch des in seinen Voraussetzungen schärferen mittelbaren Besitzes als Dreh- und Angelpunkt redlichen Erwerbs den Besonderheiten des Handelsrechts zuzurechnen, namentlich dem Einfluß der nur dort normierten Traditionspapiere. Auf den ersten Blick bestätigt sich dieser Eindruck im BGB. Schon der Wortlaut des § 934 Fall 1 BGB setzt sich deutlich von § 931 BGB ab, hält am mittelbaren Besitz des Verfügenden als Voraussetzung redlichen Erwerbs fest, an dem kein Weg vorbeizuführen scheint.<sup>205</sup>

### a) Sonderrolle der handelsrechtlichen Traditionspapiere?

Die Sonderrolle des Handelsrechts steht insoweit freilich auf recht tönernen Füßen. Niemand wird sie bestreiten wollen, was die gegenüber dem BGB erweiterte Zulassung redlichen Erwerbs einer Forderung betrifft, ohne daß damit gesagt wäre, daß auch der Verzicht auf den Fremdbesitzerwillen des Lagerhalters sich als Spezifikum des Handelsrecht erklärt.<sup>206</sup>

<sup>204</sup> Vgl. etwa *Wiedemann*, DB 1960, 944. – Mit der neueren, inzwischen wohl h.M. wird davon ausgegangen, daß Übereignung und Indossierung des Papiers zum Rechtsübergang führen; die Offerten- oder Bedingungstheorie ist abzulehnen (vgl. schon oben § 6 II 1 c (3) mit Fn. 85 ff. sowie etwa *Hueck/Canaris*, § 8 II 1, 2). Die damit verbundenen Probleme brauchen hier also nicht erörtert zu werden (vgl. zum Ganzen *Stengel*, *Orderkonnossement* S. 51 ff.).

<sup>205</sup> So denn die ganz überwiegende Ansicht, die für § 934 Fall 1 BGB die Verfügung des mittelbaren Besitzers fordert, während ansonsten § 934 Fall 2 BGB einschlägig sein soll; vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 934, 2a, b; *Erman/A. Schmidt*, § 934, 3; *Soergel/Mühl*, § 934, 2; *MünchKomm/Quack*, § 934, 2, 14; *RGRK/Pikart*, § 934, 3, 10; *Staudinger/Berg* II, § 934, 1a und b; *Gerhardt*, *Mobiliarsachenrecht* § 12, 4 = S. 100; *Heck*, *Sachenrecht* § 59, 5a; *K. Müller*, Rdn. 2404, 2407; *Gursky*, *Fälle und Lösungen Sachenrecht* S. 67; *Wieling*, AcP 184, 449; *Baur*, § 52 II 4b, bei dessen Beispiel allerdings der Veräußerer keinen Herausgabeanspruch hat, so daß die Lösung über § 934 Fall 2 BGB korrekt ist; a. A. *Bauer*, *Festschrift für Bosch* S. 21 f.

Die Rechtsprechung ist nicht ganz eindeutig. BGH NJW 1959, 1536, 1538 betont, § 931 BGB entspreche der in § 870 BGB normierten Übertragung mittelbaren Besitzes; zediert werde ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch aufgrund eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Dritte dem mittelbaren Besitzer zum Besitz berechtigt oder verpflichtet(?) ist.

<sup>206</sup> So aber wohl *GroßKomm/Canaris*, § 363, 118 Abs. 2, da er seine These als wertpapierrechtlich fortgebildete und modifizierte Theorie bezeichnet.

Im Gegenteil veranschaulicht genauere Betrachtung, wie wenig das eine mit dem anderen zu tun hat. Der Erwerb des Herausgabeanspruchs, mag er verglichen mit den normalen Regeln auch privilegiert sein, ist von vornherein nicht auf die Bereitschaft des unmittelbaren Besitzers angewiesen, die tatsächliche Gewalt für einen Dritten auszuüben; einseitige vertragswidrige Akte des unmittelbaren Besitzers können die Forderung als solche nicht zu Fall bringen, läßt man die hier nicht einschlägigen, da den unmittelbaren Besitz zerstörenden und damit die Herausgabe unmöglich machenden Fälle der Weggabe der Sache außer Betracht. Die Redlichkeit des Erwerbers der Forderung könnte nicht die Unterschlagung durch den Inhaber kompensieren, wäre diese wirklich grundlegend für den redlichen Erwerb der Sache selbst.

Das Argument, solle der Orderlagerschein seiner Funktion genügen, so müsse sein Erwerber dagegen gefeit sein, daß sich das Geschäft über die Ware der Änderung des Besitzmittlerwillens wegen zerschläge,<sup>207</sup> charakterisiert nicht eine mit dem Papier verwobene Eigenart, sondern jeden Erwerb. So braucht es mitnichten den guten Glauben des Empfängers zu zerstören, wenn er erfährt, der unmittelbare Besitzer habe das Besitzmittlungsband aufgekündigt. Je nach den näheren Umständen darf er nach wie vor an die Berechtigung seines Partners glauben, der in der Lage ist, ihm den Herausgabeanspruch zu übertragen. All das macht deutlich, daß wertpapierrechtliche Spezialregelungen für die Rolle des Eigen- oder Fremdbesitzes nicht ausschlaggebend sind, was dem Umkehrschluß den Boden entzieht. Das Handelsrecht hat vielmehr ein allgemeines Prinzip verdeutlicht, das im BGB lange vernachlässigt worden war.

Es wäre kaum plausibel, sollte sich bei einem Rektaladeschein, also einem Traditionspapier, redlicher Erwerb mit der Übergabe des Papiers vollenden, während die Zession eines in einem Rektalagerschein verkörpertten Anspruchs hierfür nicht ausreichte, sondern von der späteren Einräumung zumindest des mittelbaren Besitzes an der Ware abhinge, obgleich in beiden Fällen ein existenter Herausgabeanspruch abgetreten worden war. Vor Gefahren wie der der Aufkündigung des mittelbaren Besitzes zu schützen ist schon deshalb nicht Aufgabe eines Rektapapiers, weil es in dieser Hinsicht keine spezielle Redlichkeitswirkung zeitigt. Nicht eine wertpapierrechtlich modifizierte relative Theorie stützt das Ergebnis; es folgt vielmehr bereits aus vorrangigen, auch für die Übereignung ohne Traditionspapiere gültigen Prinzipien.

Daß die §§ 424, 450, 650 HGB damit nur Überflüssiges, im BGB hinreichend Geregelter wiederholen,<sup>208</sup> ist kein Gegenargument.<sup>209</sup> Die handelsrechtlichen Nor-

<sup>207</sup> Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 284.

<sup>208</sup> So z. B. Heymann, Festgabe für Dahn III S. 241; J. v. Gierke, Handelsrecht S. 615; Locher, Recht der Wertpapiere S. 149; Schaps/Abraham, § 650, 10; Siebert, ZHR 93, 46; Eckhardt, Beiträge S. 64; Kühlberg, Verkehrsschutz S. 54; Schlenzka, Konnossementsrecht S. 44 f.; Nöthling, Traditionspapiere S. 31 f.

<sup>209</sup> Vgl. auch GroßKomm/Canaris, § 363, 77.

men als die älteren Regelungen<sup>210</sup> mögen in der Tat durch das BGB obsolet sein, was angesichts der umfassenderen Kodifikation des § 931 BGB weder wunder nähme noch bedauert werden müßte, erst recht keine Veranlassung böte, krampfhaft an überholten Vorstellungen wie der absoluten Theorie festzuhalten, nur um den Normen einen schmalen, atypischen Anwendungsbereich zu konservieren.<sup>211</sup>

#### b) Die Interpretation des § 934 Fall 1 BGB

Zudem büßt die auf den Wortlaut des § 934 BGB gestützte herrschende Ansicht bei näherem Zusehen ihre zunächst so eingängige Überzeugungskraft ein.

(1) Eine dem § 934 Fall 1 BGB entsprechende Regelung war im Ersten Entwurf nicht vorgesehen;<sup>212</sup> sie wurde erst später aufgenommen.<sup>213</sup> Zwar unterscheiden die Protokolle zwischen dem Veräußerer, der den mittelbaren Besitz ausübe, und demjenigen, der nur einen angeblichen Eigentumsanspruch abtrete, verfolgen diese Dichotomie jedoch nicht weiter, sondern schwenken unvermutet auf den Herausgabeanspruch über: Der Erwerber erlange durch die Abtretung dieser Forderung eine wirkliche rechtliche Herrschaft über die Sache, und die Fähigkeit des Veräußerers, ihm diese Herrschaft zu verschaffen, biete eine ebenso berechnigte Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum wie der eigene Besitz des Verfügenden.<sup>214</sup> Umgekehrt wird für den jetzigen § 934 Fall 2 BGB nur das Problem in den Protokollen erläutert, daß der Erwerber keinen Herausgabeanspruch bekomme; erst wenn sich der Besitzer später zur Einräumung des Besitzes an der Sache verstehe, erkenne er damit das Eigentum des Veräußerers an; dieses Vertrauen des Erwerbers dürfe nicht enttäuscht werden.<sup>215</sup> Der Wortlaut des Gesetzes und die in der Begründung niedergelegte Intention des Gesetzgebers klaffen also auseinander.

(2) Die Diskrepanz in der Entstehungsgeschichte wäre schnell zugunsten des mittelbaren Besitzes aufgelöst, könnte man sich auf ihn als Rechtsscheinträger berufen. Wäre das Vertrauen des Erwerbers in den Besitz seines Partners von Belang, so hätte es durchaus seinen guten Sinn, den Fremdbesitz des unmittelbaren Besitzers als notwendigen Bestandteil der Legitimationsgrundlage zu verstehen, konsequenterweise sogar die Manifestation eines besseren Rechts durch den unmittelbaren Besitz-

<sup>210</sup> Zur Geschichte siehe etwa GroßKomm/Canaris, § 363, 77; Stengel, Orderkonnessement S. 188f.

<sup>211</sup> Der ohnedies nur in der Möglichkeit redlichen Erwerbs bestünde, wenn ein bezüglich Ware wie Herausgabeanspruch Nichtberechtigter über das Papier verfügte, nachdem die Ware dem Lagerhalter gestohlen war und der Nichtberechtigte daher keinen redlichen Forderungserwerb nach den Bestimmungen des HGB vermitteln konnte.

<sup>212</sup> Vgl. § 879 des Ersten Entwurfs, bei Mugdan III S. XXII; dazu Mot. III 345 = Mugdan III 192; Schubert, Entstehungsgeschichte S. 151f.

<sup>213</sup> Vgl. § 847 Abs. 2 des Zweiten Entwurfs, bei Mugdan III S. XXII; dazu Prot. III 206f. = 3704ff. = Mugdan III 632f.; Schubert, Entstehungsgeschichte S. 166, 169f.

<sup>214</sup> Prot. III 210 = 3706 = Mugdan III 632f.

<sup>215</sup> Prot. III 209 = 3705f. = Mugdan III 632; Bauer, Festschrift für Bosch S. 22f. – Die Denkschrift III 128 = Mugdan III 976 wiederholt nur die Differenzierung im Hinblick auf den mittelbaren Besitz, ohne weitere Erklärungen anzufügen.

zer zu verlangen, etwa in der Art, er erkenne den Oberbesitz an: Damit wäre immerhin ein mehr oder weniger starkes Indiz für das Eigentum des mittelbaren Besitzers gewonnen.<sup>216</sup>

Zugleich mit dem Besitz als Rechtsscheinträger hat aber die wortgetreue Interpretation des § 934 Fall 1 BGB eine ihrer stärksten Bastionen eingebüßt. Verschieben sich die Gewichte weg von der Position des Veräußerers auf die des Erwerbers nach der Verfügung, so modifiziert das auch die Einflußmöglichkeiten des unmittelbaren Besitzers, da der Zessionar des Anspruchs auf die Sache zugreifen kann, einerlei, ob der Schuldner sie unterschlagen hat oder nicht, solange er sie nur in seinem Besitz hält. Die Stellung des Erwerbers wird dadurch nicht tangiert.<sup>217</sup>

Während der Fremdbesitz des unmittelbaren Besitzers in einer Konzeption, die den Besitz des Verfügenden für unverzichtbar hält, noch integraler Bestandteil war, fehlt beim Modell der Besitzverschaffungsmacht die teleologische Absicherung, warum der redliche Erwerb in das Belieben des unmittelbaren Besitzers gestellt sein soll. Er ist weder dazu berufen noch durchgängig in der Lage, die Interessen des Alteigentümers gegen einen redlichen Erwerb zu verteidigen; gerade bei der Begründung von Eigenbesitz liegt dies auch gänzlich außerhalb seines Planes.

(3) Schon der Stellenwert der Besitzverschaffungsmacht bei redlichem Erwerb unter Aushändigung des unmittelbaren Besitzes gemäß den §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB war aus der Überlegung gespeist, der redliche Erwerber dürfe sich auf den normalen Ablauf einer Verfügung verlassen. Einigt er sich mit dem Partner, erhält er den Besitz, liegen ferner keine Gesichtspunkte vor, die gegen die Berechtigung des Veräußerers sprechen, so kann er sich Nachforschungen über die Herkunft der Sache, namentlich über Gültigkeit oder Fehler vorangegangener dinglicher Verträge ersparen.<sup>218</sup> Der Gedanke gewinnt auch bei § 934 Fall 1 BGB an Bedeutung. § 931 BGB als Ausgangsvorschrift begnügt sich mit der Zession des Herausgabeanpruchs, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob der unmittelbare Besitzer seinen Willen geändert hat oder sich weiterhin der umfassenderen Rechtsmacht des Oberbesitzers beugt.<sup>219</sup> Der Entlastungszweck redlichen Erwerbs würde unterlaufen,

<sup>216</sup> *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 23 f. wechselt in ihrer Argumentation. Einerseits hält sie den mittelbaren Besitz als Rechtsscheinträger für ungeeignet, obgleich die darauf basierende Objektbeziehung, insbesondere der possessorische Schutz, stärker sei als bei einem bloßen Herausgabeanpruch. Andererseits verwirft sie die „Stärke“ der erlangten „Haben-Beziehung“ als Kriterium. Entscheidend sei die durch den Erwerb des Habens aufgrund der Veräußerung geschaffene Vertrauensgrundlage, somit der auf dem Übertragungsakt basierende Vertrauensstatbestand. Nicht erklärt ist damit, warum die (zum redlichen Erwerb ausreichende) Haben-Beziehung auf den (intensiveren) mittelbaren Besitz verzichten kann, warum der stärkeren Objektbeziehung des mittelbaren Besitzes nicht eine gewichtigere Vertrauensgrundlage korrespondiert.

<sup>217</sup> Ein Unterschied besteht allenfalls im possessorischen Schutz gegenüber Dritten. Dies ist jedoch Risiko jedes mittelbaren Besitzers, wenn man ab Begründung des Eigenbesitzes durch den unmittelbaren Besitzer die Besitzansprüche auch gegenüber Dritten versagt, die später verbotene Eigenmacht üben, und hindert damit den redlichen Erwerb nicht.

<sup>218</sup> Vgl. oben § 7 I 2 b, III.

<sup>219</sup> Die weitergehende Forderung, es müsse mittelbarer Besitz abgetreten werden, war in der

müßte sich der Zessionar des Anspruchs, um sicher zu gehen, nunmehr der Intentionen des unmittelbaren Besitzers vergewissern, zumal ihm eine derartige Nachforschung ebenso große Schwierigkeiten bereiten kann wie die Ermittlung der Eigentumslage.<sup>220</sup>

(4) Der Herausgabeanspruch als zentrales Kriterium paßt nahtlos mit § 934 Fall 2 BGB zusammen. Die Forderung läßt sich, soweit sie dem Zedenten nicht zustand, nur durch ein Rechtsgeschäft mit dem unmittelbaren Besitzer begründen, sieht man von einer hier nicht näher zu verfolgenden nachträglichen Abtretung durch den Gläubiger ab. Indem es der Inhaber der tatsächlichen Gewalt auf sich nimmt, die Sache künftig beispielsweise als Verwahrer oder Mieter zu besitzen, dabei das bessere Recht seines Partners respektiert und bereit ist, ihm durch die Herausgabe nach Ablauf der vereinbarten Zeit Folge zu leisten, wird nicht nur eine schuldrechtliche Forderung vereinbart, sondern entsteht gleichzeitig mittelbarer Besitz, zumal eine Mentalreservation, die Sache weiterhin für sich oder einen Dritten besitzen zu wollen, dank § 116 S. 1 BGB wirkungslos bleibt.<sup>221</sup> Im Rahmen des § 934 Fall 2 BGB überlappen sich somit die Verständigung über den Anspruch und diejenige über den mittelbaren Besitz unausweichlich, da jener zwingend mit diesem verknüpft ist, ohne daß deshalb indes die Notwendigkeit des mittelbaren Besitzes auch für § 934 Fall 1 BGB nachgewiesen wäre.<sup>222</sup>

Die Abrede über den Herausgabeanspruch als unabdingbares, aber auch hinreichendes Vollzugelement erklärt auch, warum sich die h. M. bei § 934 Fall 2 BGB mit mittelbarem Besitz des Erwerbers zufriedengeben darf.<sup>223</sup> Abweichende Stimmen<sup>224</sup> haben zu Recht keine Resonanz gefunden. Der Unterschied, ob dem Erwerber der Anspruch zediert wird oder er ihn mit dem Schuldner vereinbart, würde es

---

Zweiten Lesung ausdrücklich verworfen worden; vgl. Prot. III 203f. = 3694f. = Mugdan III 628; *Schubert*, Entstehungsgeschichte S. 164f.; *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 24 mit Fn. 81.

<sup>220</sup> Wie beim unmittelbaren Besitz (vgl. oben § 7 III 5) genügt für redlichen Erwerb aber die bloße Einigung nicht. Hinzukommen muß die Abtretung eines tatsächlich existenten Herausgabeanspruchs.

<sup>221</sup> Vgl. vorläufig BGH NJW 1979, 2037, 2038 und dazu genauer unten § 8 II 2a (4).

<sup>222</sup> Der Herausgabeanspruch muß bestehen, mag das zugrunde liegende Rechtsverhältnis auch nichtig sein; vgl. dazu sogleich unten § 7 IV 2c (2).

<sup>223</sup> Vgl. etwa RGZ 89, 348, 349f.; 135, 75, 79, 84; 137, 23, 26f.; 138, 265, 267; RG Gruchot 53, 692, 694ff.; JW 1926, 800, 801; 1932, 3763; WarnR 1932 Nr. 79 = S. 161, 166; BGH NJW 1959, 1536, 1538; 1978, 696, 697; WM 1969, 242, 244; 1977, 1090, 1091; LM Nr. 6 zu § 868 BGB; OLG Hamburg HansRGZ 1931, 410, 411f.; im Ergebnis auch BGH NJW 1979, 2037, 2038; wohl auch BGHZ 50, 45, 49; zustimmend die ganz h. L., vgl. etwa *Jauernig*, § 934, 2b aa; *Palandt/Bassenge*, § 934, 2b; *StudK/M. Wolf*, §§ 932–934 III 2c; *MünchKomm/Quack*, § 934, 16; *Soergel/Mühl*, § 934, 3; *RGRK/Pikart*, § 934, 12; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 934, 2; *Planck/Brodmann*, § 934, 2 mwN. zur älteren Literatur; *Baur*, § 52 II 4c; *Westermann*, § 48 II 3; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2d; *Heck*, Sachenrecht § 59, 5b d; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 985; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 68; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 35; *Herschel*, JW 1933, 1997; *Lange*, JuS 1969, 165; *Wiegand*, JuS 1974, 204 Fn. 42.

<sup>224</sup> *Boehmer*, II 2 S. 40; v. *Lübnow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 214; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 53f.; *Harms*, Sachenrecht S. 160; *Müller*, AcP 137, 93; wohl auch *Wellspacher*, Vertrauen S. 10f.; der Tendenz nach auch *Römer*, Mobilärerwerb S. 251.

nicht rechtfertigen, ihm einmal das Privileg zuzubilligen, ein andermal es aber zu verneinen.<sup>225</sup> Daß es Einschränkungen geben mag, insbesondere konkurrierende Forderungen entgegenstehen können,<sup>226</sup> beeinträchtigt den Grundsatz als solchen nicht.

(5) Probleme mit dem Wortlaut des § 934 Fall 1 BGB hat man nicht zu gewärtigen, wenn der mittelbare Besitz in Gefolgschaft der objektiven Theorie von vornherein nur nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis abgegrenzt wird;<sup>227</sup> fraglos gibt der Herausgabeanspruch den Ausschlag. Ob man so weit gehen sollte, mag hier offenbleiben. Die h. M. wenigstens hat sich dieser These bisher entgegengestellt und beharrt auf der subjektiven Sicht des Besitzmittlers,<sup>228</sup> was aber dem hier gefundenen Ergebnis nicht zu widerstreiten braucht.<sup>229</sup> Die wenig konsistente und mit dem Wortlaut disparate Begründung relativiert den Begriff des Besitzes iS. des § 934 Fall 1 BGB. Eine restriktive Auslegung, die sich auf den Herausgabeanspruch beschränkt, ist um so weniger zu beanstanden, als die keineswegs spezifisch handelsrechtliche Wirkung der Traditionspapiere sich in gleicher Weise von strenger Wortlauttreue freigemacht hat, ohne generell eine Sonderrolle beanspruchen zu können, demnach der Besitz sich ohnehin als der falsche Rechtsscheinträger entpuppt hat.

Erst wer diesen Schritt nicht mitvollzieht, muß sich der Lückenfeststellung und -ausfüllung widmen, die allerdings nicht zu abweichenden Ergebnissen führt.<sup>230</sup> § 934 Fall 2 BGB deckt als Auffangvorschrift die Fälle ab, in denen der Zessionar die vorgeblichen, jedoch nicht existenten Herausgabeansprüche seines Partners auch nicht redlich erwerben konnte. Erst die Übergabe des Besitzes bzw. die Subordination des unmittelbaren Besitzers gewährleistet das Vollzugelement. Darum geht es hier aber nicht; hat die Forderung ihren Inhaber doch tatsächlich gewechselt, gilt der mittelbare Besitz doch lediglich wegen der vertragswidrigen Aufkündigung durch den Dritten als erloschen. Auf diesen Fall ist § 934 Fall 2 BGB nicht zuge-

<sup>225</sup> Vgl. auch *Michalski*, AcP 181, 420: Die Einräumung des mittelbaren Besitzes nach § 934 Fall 2 BGB durch den Dritten ist nichts anderes als das Korrektiv dafür, daß dies nicht schon nach § 931 BGB geschehen ist.

<sup>226</sup> Vgl. dazu unten § 8 II.

<sup>227</sup> Vgl. z.B. *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht I S. 810; *Rosenberg*, § 868 VI 3c = S. 144; *Leonhard*, Fahrnisserwerb S. 73ff.; *Kress*, Besitz S. 215ff.; *Binder*, Rechtsstellung S. 57f. Fn. 76; *Müller-Erzbach*, AcP 142, 58ff.; *Müller*, Gruchot 54, 247ff.; *Maenner*, Sachenrecht § 16 a. E. mit Fn. 21; *Boehmer*, II 2 S. 43f.; *Sandtner*, Besitzlehre S. 83ff. mwN. Meist wird die Ansicht im Kontext mit dem Problem des Nebenbesitzes vertreten; vgl. hierzu unten § 8 II 2b, c.

<sup>228</sup> RGZ 135, 75, 78; BGHZ 9, 73, 78 (soweit das Besitzmittlungsverhältnis nicht kraft Gesetzes entsteht); 85, 263, 265f.; BGH LM Nr. 6 zu § 868 BGB; WM 1965, 1254f. (wo in concreto die Aufkündigung durch den unmittelbaren Besitzer verneint wird); *Jauernig*, § 868, 4c bb; *Palandt/Bassenge*, § 868, 2a aa; *AK/Dubischar*, § 868, 2; *Erman/Werner*, § 868, 4; *Soergel/Mühl*, § 868, 24; MünchKomm/Joost, § 868, 17; RGRK/Kregel, § 868, 21; *Staudinger/Bund*, § 868, 21; *Baur*, § 7 B III 1b aa; *Westermann*, § 18, 5; *Wieling*, AcP 184, 452.

<sup>229</sup> Ihre Funktion hätte die subjektive These noch für possessorische Ansprüche; vgl. hierzu Fn. 217.

<sup>230</sup> So *Bauer*, Festschrift für Bosch S. 23f.

schnitten, er differiert vielmehr signifikant – jedenfalls wenn man § 934 Fall 1 BGB dagegenhält, der wesentlich stärkere Verwandtschaft zum Regelungsproblem aufweist. Dem Unterschied zwischen der von § 934 Fall 2 BGB intendierten Thematik und der Zession des Herausgabeanspruchs Rechnung zu tragen, den Anwendungsbereich des § 934 Fall 2 BGB seiner immanenten Zweckbestimmung gemäß zurückzunehmen, bietet sich die teleologische Restriktion an,<sup>231</sup> die sich in der Extension des § 934 Fall 1 BGB<sup>232</sup> – er deckt in Analogie auch die Zession des Herausgabeanspruchs – widerspiegelt. Der Erwerb ist perfekt, soweit die Verfügung – Redlichkeit vorausgesetzt – ihren normalen Verlauf genommen hat.

### c) Die Anforderungen an den Herausgabeanspruch

Als zentrales Differenzierungskriterium entpuppt sich somit der Herausgabeanspruch.<sup>233</sup> Daß er eng an den Begriff des mittelbaren Besitzes angelehnt ist, nimmt nicht wunder, da angesichts der Irrelevanz einer Mentalreservation bei der Besitzbegründung die beiden Institute über weite Strecken zusammenfallen, was freilich Unterschiede im einzelnen nicht ausschließt.

(1) Weit reichen die Parallelen für die Dichotomie Herausgabe- gegen Verschaffungsanspruch;<sup>234</sup> namentlich läßt sich auf die jedenfalls anfängliche Subordination des Schuldners<sup>235</sup> nicht verzichten, die den Herausgabeanspruch erst konstituiert. Von ihr kann nur dort die Rede sein, wo die Rechtsstellung des Gläubigers umfassender ist und die Position seines Partners speist.<sup>236</sup> Mit anderen Worten: Der Anspruch muß auf besserem Recht des Gläubigers basieren.<sup>237</sup> Ob man nur solche

<sup>231</sup> Vgl. etwa *Larenz*, Methodenlehre S. 375 ff., 379; *Canaris*, Lücken S. 83 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre S. 480; *Fikentscher*, Methodenlehre IV S. 311 f.; *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre S. 258.

<sup>232</sup> Zu diesem Vorgehen vgl. etwa *Larenz*, Methodenlehre S. 379 f.; *Canaris*, Lücken S. 151 f.: Lückenfeststellung und -füllung treffen hier zusammen.

<sup>233</sup> Gemeint ist natürlich nur der schuldrechtliche Anspruch, und zwar aus zwei Gründen: Einmal ist der Nichtberechtigte definitionsgemäß nicht Inhaber des dinglichen Anspruchs, zum anderen kann dieser nach ganz h.M. nicht zediert werden, sondern entsteht neu in der Person des jeweiligen Eigentümers (vgl. nur *Baur*, § 51 VI 1 a mwN.).

<sup>234</sup> Vgl. schon *Eckhardt*, Beiträge S. 69.

<sup>235</sup> *Soergel/Mühl*, § 868, 11; *Staudinger/Bund*, § 868, 19; *Baur*, § 7 B III 1 b bb; *Westermann*, § 18, 5; *Wolff/Raiser*, § 8 I 1 b.

<sup>236</sup> OLG Düsseldorf NJW 1951, 444, 445 mit zustimmender Anm. von *Raiser*, JZ 1951, 270; *Palandt/Bassenge*, § 868, 2 a bb; *Erman/Werner*, § 868, 6; *Soergel/Mühl*, § 868, 11; *Staudinger/Bund*, § 868, 18; *Baur*, § 7 B III 1 b bb; *Westermann*, § 18, 4; *Wolff/Raiser*, § 8 I 1 a; weitergehend *Heck*, Sachenrecht § 8, 6 a; *Rosenberg*, § 868 II 2 b = S. 127. Die Differenz spielt angesichts der Tatsache, daß die Begründung des Herausgabeanspruchs genügt, keine Rolle. – *MünchKommJoost*, § 868, 22 verzichtet auf dieses Kriterium. Der Besitzmittlungswille, der bei einem Verschaffungsanspruch fehle, reiche aus. Spätestens bei der Abgrenzung des Herausgabe- vom Verschaffungsanspruch muß man aber wieder dieselben Unterscheidungsmerkmale bemühen.

<sup>237</sup> Jedenfalls in der Relation zwischen Gläubiger und Schuldner muß nach Ablauf der Besitzzeit oder bei unbestimmter Dauer unter gewissen Umständen sich das Recht des Gläubigers wieder durchsetzen (können). Verzichtet man darauf (so etwa *Wieling*, AcP 184, 443 ff.), so verschiebt sich der Akzent auf die Unterordnung des unmittelbaren Besitzers, den Fremd-

Forderungen akzeptieren sollte, die das Eigentum des Inhabers unterstellen,<sup>238</sup> erscheint zweifelhaft; von diesem Postulat aus ließe sich nicht rechtfertigen, warum ein mit nur mittelbarem Fremdbesitz verknüpftes Recht zum redlichen Erwerb ausreicht,<sup>239</sup> obgleich das Ergebnis angesichts der Tatsache, daß der Zessionar durch die Abtretung etwa eines Vermieters, der seinerseits dem Eigentümer den Besitz mittelte, einen wirksamen Anspruch erhält, kaum Anlaß zu nennenswerten Zweifeln bieten dürfte. Umgekehrt genügen Verschaffungsansprüche als solche nicht,<sup>240</sup> selbst wenn sie die Übertragung des Eigentums beinhalten – schon deshalb nicht, weil sie ja den Schuldner dieser Forderung als den noch Berechtigten voraussetzen.

(2) Demgegenüber ist die Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs ohne Gewicht. Er kann auch und gerade auf einem nichtigen, gar fehlenden Vertrag beruhen,<sup>241</sup> wird weder verhindert, wenn die Einigung mißlingt, noch durch einen Diebstahl der Sache gefährdet. § 823 Abs. 1 BGB ist eine ebenso hinlängliche Grundlage wie § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB, ohne daß man in diesem Kontext der gerade früher strittigen Frage nachgehen müßte, ob der mittelbare Besitz durch die Gültigkeit des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bedingt ist.<sup>242</sup>

Das kommt unmittelbar zum Tragen bei der Begebung eines Traditionspapiers, soweit die Waren, deren Herausgabeanspruch verbrieft war, dem Schuldner inzwischen abhanden gekommen sind. Der Indossant hat seinen mittelbaren Besitz verloren;<sup>243</sup> das Papier in seiner Hand repräsentiert weder eine Forderung gegen den dort benannten Schuldner noch gegen den jetzigen unmittelbaren Besitzer.<sup>244</sup> An ihrer Stelle ist ihm jedoch ein Herausgabeanspruch gegen den Dieb erwachsen.<sup>245</sup> Ob das unwirksame Indossament die Abtretung dieses Ersatzanspruches einschließt, ist eine Frage des Einzelfalls, dürfte allerdings regelmäßig anzunehmen sein.<sup>246</sup> Damit

---

besitzerwillen, der seinerseits auch auf der Anerkennung einer „besseren“ Stellung des Partners basiert (so *Wieling*, AcP 184, 452ff.). Nur am Rande sei vermerkt, daß eine solche subjektive Sicht mit § 870 BGB ihre Schwierigkeiten hat; vgl. denn auch *Wieling*, AcP 184, 457f. und dazu Fn. 262.

<sup>238</sup> So jedoch *Planck/Brodmann*, § 934, 2 Abs. 3.

<sup>239</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 83.

<sup>240</sup> Vgl. etwa *Soergel/Mühl*, § 868, 16; *Baur*, § 7 B III 1 b bb; sowie schon *Kress*, Besitz S. 193; *Müller-Erzbach*, AcP 142, 51; a. A. *Planck/Brodmann*, § 934, 2 Abs. 3. – Das kann anders sein, wo bereits nach den §§ 930, 933 BGB ein Besitzkonstitut zwischen dem Erstverkäufer und seinem Partner, dem Zweitverkäufer, vereinbart ist (vgl. *Baur*, § 51 V 7 a aa; *Müller-Erzbach*, AcP 142, 52).

<sup>241</sup> *Soergel/Mühl*, § 868, 10; *MünchKomm/Joost*, § 868, 16; *Staudinger/Bund*, § 868, 20; *Baur*, § 7 B III 1 b dd; *Westermann*, § 18, 6; *Wolff/Raiser*, § 8 I 2.

<sup>242</sup> Vgl. hierzu den Überblick bei *Staudinger/Bund*, § 868, 13.

<sup>243</sup> Vgl. nur *Staudinger/Bund*, § 868, 54; *Stengel*, Orderkonnossement S. 87f.; *Wieling*, AcP 184, 446.

<sup>244</sup> Vgl. dazu oben § 7 IV 2 c (1).

<sup>245</sup> Der auf Herausgabe an den früheren unmittelbaren Besitzer gehen mag (vgl. im einzelnen *Stengel*, Orderkonnossement S. 88 Fn. 57). Das macht keinen Unterschied, wie die Zession im Fall eines mehrfach gestuften Besitzes beweist.

<sup>246</sup> RGZ 90, 211, 218 bezüglich eines Schadensersatzanspruches; offengelassen in RGZ 74, 47, 49; vgl. schon *Eckhardt*, Beiträge S. 70.



verbindet sich die Chance redlichen Erwerbs, angewiesen freilich auf die Gläubigerstellung des Zedenten, die zu ersetzen Normen des Gutgläubensschutzes schon deswegen – abgesehen von § 405 BGB – nicht in der Lage sind, weil nicht die Übertragung des Papiers die Forderung übergehen läßt, sondern ein davon zu unterscheidender Anspruch weitergegeben wird. Redlicher Erwerb der Forderung scheidet somit aus,<sup>247</sup> nicht jedoch redlicher Erwerb der Sache. Es ist daher nicht nur unnötig, sondern zumindest auch schief, wenn Vertreter der Repräsentationstheorie und der relativen Theorie auf § 934 Fall 2 BGB glauben rekurrieren zu müssen,<sup>248</sup> was umgekehrt aber auch nicht als Vorwand genommen werden sollte, in die absolute Theorie zurückzufallen.

(3) Nach wie vor will eine beachtliche Minderheit in Rechtsprechung und Literatur ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses und die Existenz eines irgendwie fundierten Herausgabeanspruchs den Erfolg redlichen Erwerbs danach bestimmen, ob sich der Besitzmittler tatsächlich dem Oberbesitzer unterworfen habe, auf einen Herausgabeanspruch als solchen dagegen verzichten.<sup>249</sup> § 934 BGB, namentlich sein Fall 1, wäre demnach so zu lesen, als gäbe er sich mit dem Übergang eines derart beschriebenen mittelbaren Besitzes zufrieden,<sup>250</sup> obgleich bereits sein Wortlaut auf Abtretung des Anspruchs beharrt<sup>251</sup> und obgleich der Vorschlag auf halbem Weg stecken bleibt. Wenn von den Vertretern der Mindermeinung als wahrnehmbare Vertrauensgrundlage am mittelbaren Besitz die Bereitschaft des unmittelbaren Besitzers beschrieben wird, die Sache unter bestimmten Umständen herauszugeben, sich daraus die Beschränkung auf den tatsächlich vorhandenen Willen rechtfertigen soll,<sup>252</sup> so liegt der Schwerpunkt in Wahrheit doch nicht auf dem mittelbaren Besitz des Verfügenden, sondern auf der Position des Erwerbers. Sie ist erst abgesichert, sofern der unmittelbare Besitzer seiner Absicht hinreichend Ausdruck verliehen hat und sich der Erwerber darauf verlassen konnte, kurz, wenn die beiden einen Vertrag über die Pflicht zur Herausgabe geschlossen haben.<sup>253</sup>

<sup>247</sup> Daß der nichtberechtigte Zedent den dem Eigentümer zustehenden Vindikationsanspruch abtreten könne (so *Wolff*, Festgabe für Koch S. 156 ff.), hat zu Recht keinen Beifall gefunden; die (insoweit dann strengerer) Normen der Traditionspapiere sprechen ausdrücklich dagegen; ablehnend etwa auch *Planck/Brodmann*, § 934, 2.

<sup>248</sup> *Makower*, HGB § 424 II b 3; *Stengel*, Orderkonnossement S. 94.

<sup>249</sup> BGH LM Nr. 6 zu § 868 BGB; *Planck/Brodmann*, § 868, 3; *Wieling*, AcP 184, 449 f. mwN. in Fn. 46; *Wetzel*, Zurechnung S. 90 ff.; *Westermann*, § 17, 5 d mit einem unzutreffenden Beispiel, in dem jedenfalls ein Kondiktionsanspruch vorliegt. BGHZ 85, 263, 265 formuliert schon objektiver, der unmittelbare Besitzer müsse eine Pflicht zur Herausgabe der Sache anerkennen.

<sup>250</sup> So ausdrücklich *Wieling*, AcP 184, 449 f.

<sup>251</sup> A. A. folgerichtig *Wieling*, AcP 184, 459 mwN. in Fn. 91 für die Parallelproblematik des § 870 BGB.

<sup>252</sup> *Wieling*, AcP 184, 450 mit dem Beispiel des Besitzers, der den Oberbesitz eines Scheinerben anerkennt.

<sup>253</sup> BGH WM 1969, 242, 244. – Mit solchen Ansprüchen sind noch mannigfaltige Probleme verwoben – etwa ob der Schuldner anfechten darf, wenn er nachträglich erfährt, daß der ihn

Es ließe sich mit dem Telos des § 934 BGB in seinen beiden Varianten nur schwer in Einklang bringen, wollte man auf jede rechtliche Sicherung, im Ergebnis damit auch auf jedes Vollzugsmoment verzichten, zumal der Erwerber bei einer, konsequenterweise dann stets möglichen Aufkündigung des mittelbaren Besitzes weitgehend mit leeren Händen dastünde, ihm also nicht nur der Besitz, sondern auch der schuldrechtliche Herausgabeanspruch fehlte.<sup>254</sup> Wenn die h. M. der Funktion einer solchen nur subjektiven Unterwerfung ihre Billigung versagt,<sup>255</sup> mag man darüber streiten, ob sie für possessorische Ansprüche richtig entscheidet;<sup>256</sup> für den redlichen Erwerb dagegen ist die Übertragung bzw. Begründung eines Herausgabeanspruchs unentbehrlich.

(4) Die Zession des Herausgabeanspruchs unterliegt den gängigen Vertragsregeln.<sup>257</sup> Eine Anfechtung vernichtet sie mit Rückwirkung, ein Verstoß gegen ein Gesetz verhindert von vornherein den Übergang – beide Male mit der Konsequenz, daß das fehlende Vollzugsmoment gleichzeitig den redlichen Erwerb zum Scheitern verurteilt. Das Ergebnis ist durchaus sachgerecht. Begnügt sich der Zessionar mit einem Übergabesurrogat, das seinerseits von rechtsgeschäftlichen Normen abhängt, so nimmt er damit auch das Risiko des Fehlschlags gemäß deren Regelung auf sich. Es geht zu seinen Lasten, wenn sich der behauptete Herausgabeanspruch als fiktiv erweist, wenn die Abtretung an Mängeln leidet oder, soweit die Zession nicht ihrerseits durch Redlichkeitsvorschriften abgesichert wird, der Anspruch des Zedenten fehlt. Daß der Herausgabeanspruch geringere Verlässlichkeit verspricht als eine körperliche Übergabe der Sache selbst, spiegelt nur die einer bloßen Forderung immanente Schwäche wider.

---

zur neuen Besitzmittlung Anweisende Nichtberechtigter war. Mangelnder Anfechtungsgründe wegen dürfte ein solches Recht regelmäßig zu verneinen sein. Von größerer Bedeutung sind Schuldnerschutzvorschriften nach § 407 BGB wie auch – bei Verfügungen von Scheinerben – gemäß § 2366 BGB. Alle Fragen können gemeistert werden; eine rein subjektive Sicht, die an die Stelle des Anspruches die Unterwerfung des Besitzers setzt, ist der Auffassung, die die Herausgabeansprüche in den Mittelpunkt rückt, dabei nicht überlegen; vgl. auch *Staudinger/Wiegand*, § 931, 22.

<sup>254</sup> BGHZ 10, 81, 87 hält ein nur vermeintliches Besitzmittlungsverhältnis des verfügenden Besitzers zum zustimmenden vermeintlichen Eigentümer für nicht ausreichend, da die erforderliche Vermittlung weder wirklich bewirkt noch gesichert sei. Macht man sich vom nicht überzeugenden Ausgangspunkt, der Notwendigkeit des Besitzes als Rechtsscheinträger, frei und projiziert die Argumente auf die Ausgestaltung der Position des Erwerbers, so zeigt sich ihr richtiger Kern. Ein rechtlich nicht gesicherter Status vermag den Erwerb nicht zu vollenden.

<sup>255</sup> *Palandt/Bassenge*, § 868, 2a dd; *Erman/Werner*, § 868, 10; *Soergel/Mühl*, § 868, 10; *MünchKommJoost*, § 870, 3; *Staudinger/Bund*, § 868, 13; *Baur*, § 7 B III 1b dd; *Wolff/Raiser*, § 8 I 2; *Schönfeld*, JZ 1959, 302f.; *Müller-Erzbach*, AcP 142, 51.

<sup>256</sup> Was *Wetzel*, Zurechnung S. 90 für Ausnahmekonstellationen verneint; auch die von *Westermann*, § 17, 5d beschworene Friedenschutzwirkung könnte insoweit in eine andere Richtung deuten.

<sup>257</sup> Das entspricht der h. M.: vgl. etwa *Erman/Werner*, § 870, 1; *RGRK/Kregel*, § 870, 4; *MünchKommJoost*, § 870, 3; *Planck/Brodmann*, § 870, 5; *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 870, 2; *Rosenberg*, § 870 I 3 = S. 150; *Schlegelberger/Vogels/Pritsch*, § 870, 8; *Wolff/Raiser*, § 14 II 2; *Heck*, Sachenrecht § 11, 6a; *Rohde*, Besitzrecht XXI S. 67; *Probst*, ZHR 101, 209.

Nicht auf die §§ 104 ff. BGB Bezug zu nehmen, sondern anhand einer in ihren Anforderungen weniger anspruchsvollen tatsächlichen Einigung über die Wirksamkeit des Besitzwechsels zu befinden<sup>258</sup> hieße nicht nur, dem Wortlaut der §§ 870, 934 Fall 1 BGB Gewalt anzutun, sondern überzeichnete auch den angeblich rein im Faktischen wurzelnden Charakter des mittelbaren Besitzes. Es ist gerade die Frage, ob dieser von allen rechtsgeschäftlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zur Gänze oder auch nur in mancher Hinsicht suspendiert ist.<sup>259</sup> Zur Absicherung der Position den Rechtsscheincharakter des mittelbaren Besitzes hervorzukehren, demzufolge der Erwerber sich darauf verlassen dürfe, daß der Verwahrer dem Hinterleger gegenüber herausgabebereit sei,<sup>260</sup> ist wie stets wenig zwingend – vornehmlich, da trotz gegenteiliger Beteuerung schon eine vorangegangene tatsächliche Einigung an einem Mangel leiden mag und der Rechtsschein damit endgültig diffundiert. Jede Argumentation, die sich auf mittelbaren Besitz als Vertrauensgrundlage stützt, steht zudem so lange auf brüchigem Fundament, als sie – anhand der eigenen Prämissen indes unvermeidbar<sup>261</sup> – einer dem Erwerber auch verborgenen Besitzaufkündigung durch den unmittelbaren Besitzer zerstörende Kraft beimißt.<sup>262</sup> Kann jener dann doch auf den mittelbaren Besitz, sei er auch durch äußere Indizien belegt, im Zweifel nicht bauen. Handlungen des unmittelbaren Besitzers als Bestätigung der Bemühung des Zedenten, die den Erwerber zusätzlich in Sicherheit wiegen konnten,<sup>263</sup> sind unter diesem Aspekt, also im Hinblick auf § 934 Fall 2 BGB, zu würdigen.<sup>264</sup>

### 3. Die Funktion sonstiger Papiere

War die Lösung an den beiden Extrempunkten – hier Begebung eines Traditionspapiers, dort Zession eines nicht verbrieften Herausgabeanspruchs – auf den ge-

<sup>258</sup> So etwa *Wieling*, AcP 184, 461 f.; wohl auch *Wetzel*, Zurechnung S. 93 f.

<sup>259</sup> Vgl. *Staudinger/Wiegand*, § 931, 11 Fn.

<sup>260</sup> So *Wieling*, AcP 184, 461; vgl. dazu auch schon oben § 7 II 1 b.

<sup>261</sup> *Wieling*, AcP 184, 451 f.

<sup>262</sup> *Wieling*, AcP 184, 452. – Mit dieser Prämisse paßt es kaum zusammen, daß *Wieling*, AcP 184, 457 trotz der Weigerung des unmittelbaren Besitzers vor der Zession, den Abtretungsempfänger als mittelbaren Besitzer anzuerkennen, den Besitz übergehen lassen will – was redlichen Erwerb ermöglicht –, freilich mit der Folge, daß er anschließend sogleich erlösche, was das redlich erworbene Eigentum (noch) nicht zu Fall bringe; vgl. dazu auch noch unten § 8 II 2 a (3) mit Fn. 111 ff.

<sup>263</sup> Auch darauf stützt *Wieling*, AcP 184, 461 das berechtigte Vertrauen des Erwerbers; ähnlich *Staudinger/Bund*, § 870, 5; *Planck/Brodmann*, § 870, 5; *Schlegelberger/Vogels/Pritsch*, § 870, 8: Eine unwirksame Abtretung kann dem vermeintlichen Zessionar den Besitz verschaffen, wenn die Parteien die Abtretung für wirksam halten und der neue Oberbesitzer durch den Besitzmittler anerkannt wird; exakter müßte wohl formuliert werden, daß Voraussetzung bleibe, daß die „Anerkennung“ zur Begründung eines Herausgabeanspruchs führt (vgl. dazu auch Fn. 253).

<sup>264</sup> Bei wirksamer Anfechtung einer vorangegangenen Zession fällt der Herausgabeanspruch an den Anfechtenden (etwa den Vorgänger des Zedenten, dessen Abtretung redlichen Erwerb erst ermöglichte) zurück, was redlichen Erwerb dann schon deswegen hindert, weil und soweit der Berechtigte noch einen wirksamen Herausgabeanspruch besitzt (vgl. dazu unten § 8 II 2); die Überbetonung der faktischen Besitzmittlung würde im Ergebnis also ohnehin nichts helfen.

meinsamen Nenner zurückzuführen, daß redlicher Erwerb durch wirksame Übertragung des Herausgabeanspruchs, nicht jedoch durch den Fremdbesitzerwillen des Anspruchschuldners bedingt sei, so lassen sich die dazwischen liegenden Problem-bereiche, etwa die sonstigen handelsrechtlichen Papiere, aber auch der Kfz-Brief als Prototyp einer bürgerlich-rechtlichen Urkunde, ohne größere Schwierigkeiten interpolieren. Eingeschnürt in das Korsett einer allzu rigide verstandenen absoluten, relativen oder Repräsentationstheorie, hatte die Diskussion sich lange selbst den Blick auf das Wesentliche verstellt.

a) Die Traditionswirkung des Inhaber- und Rektalagerscheins

Exemplarisch ist die Kontroverse, ob im HGB nicht ausdrücklich als solche bezeichnete Papiere als Traditionspapiere einzustufen sind. Immerhin will das die bei weitem überwiegende Ansicht etwa beim Inhaberlagerschein verneinen, da er in § 424 HGB nicht aufgeführt sei.<sup>265</sup> Ansonsten könne nicht nur der Genehmigungsvorbehalt für Orderlagerscheine ausgehöhlt werden, indem man auf Inhaberlagerscheine ausweiche und damit die in der OLSchVO geschaffene Typisierung unterlaufe. Sinnvollerweise zwingt man so denjenigen, der ein Interesse an einem besonders umlauffähigen Lagerschein habe, sein Gut bei einem zur Ausstellung eines Orderlagerscheins ermächtigten Lagerhalter verwahren zu lassen.<sup>266</sup>

Den gewünschten Effekt zu garantieren würde voraussetzen, daß die so vollzogene Einstufung irgendwelche Erschwerungen für die Übereignung unter Zuhilfenahme eines Inhaberlagerscheins nach sich zöge. Gerade das trifft nicht zu. Man mag nämlich die Traditionswirkung des Orderlagerscheins dogmatisch verorten, wie man will, man mag die Einordnung des Inhaberlagerscheins unter die Traditionspapiere mißbilligen; es hieße keineswegs, daß er sich für die Übereignung als gänzlich untaugliches Medium entpuppte, sie behinderte oder gar unmöglich machte. Vielmehr bestimmt sich die Papierbegebung in ihrer Konsequenz für die Überbringung des Guts nach den §§ 929ff. BGB, was von den Vertretern der h.M. denn auch gar nicht in Abrede gestellt wird.<sup>267</sup>

Folgt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier, so geht – wenn man sich zunächst dem Erwerb vom Berechtigten zuwendet – mit dessen Begebung der Herausgabeanspruch, mithin nach § 931 BGB, die sonstigen Voraussetzungen wie etwa die Einigung unterstellt, auch das Eigentum über. Ein Unterschied zur Übereignung mit Hilfe des Orderlagerscheins liegt darin nicht, sieht man von Modalitäten der Papierbegebung ab, denen hier nicht weiter nachzugehen ist. Der Erwerb vom Nichtberechtigten wäre nur dann erschwert, wenn man die Anforderungen hochschraubte, also etwa doch den Willen des unmittelbaren Besitzers entscheiden ließe.

<sup>265</sup> *Schlegelberger/Schröder*, § 424, 11; *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 25; *Heymann/Kötter*, § 424, 1; wohl auch *Baumbach/Duden/Hopt*, § 424, 1 C; a. A. *GroßKomm/Canaris*, § 363, 114; ebenso für den Namenslagerschein BGH WM 1969, 242, 243 (vgl. dazu Fn. 270); *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 558.

<sup>266</sup> *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 25.

<sup>267</sup> *Schlegelberger/Schröder*, § 424, 11; *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 18.

Dies abzulehnen ist schon deshalb zwingend, weil anderenfalls der beim Inhaberpapier umfassend ausgestaltete gutgläubige einredefreie Erwerb<sup>268</sup> beeinträchtigt würde, liegt überdies in Parallele zur Zession anderer Herausgabeansprüche nahe, um nicht einem Vertragsbruch des unmittelbaren Besitzers einen keineswegs sachgerechten Stellenwert zuzuordnen.<sup>269, 270</sup> Nicht durch die Traditionswirkung als solche hebt sich der Order- vom Inhaberalagerschein ab, sondern nur in der unterschiedlichen Ausformung des redlichen Erwerbs des Herausgabeanspruchs.<sup>271</sup>

Ist damit schon die Beschränkung auf den im Wortlaut des § 424 HGB aufgeführten Orderlagerschein als exklusive Möglichkeit der Übereignung entfallen, so spricht nichts mehr dagegen, auch dem Rektalagerschein seine korrekte Funktion zuzubilligen: Er überträgt den Herausgabeanspruch, wenngleich ohne den weitgehenden Gutgläubenschutz der Inhaber- oder Orderpapiere für die verbriefte Forderung.<sup>272</sup>

#### b) Die Traditionswirkung der übrigen handelsrechtlichen Papiere

Es ist nur ein kleiner Schritt zu den sonstigen Papieren des HGB, etwa einem Lieferschein, aber auch den Urkunden des BGB wie dem Kraftfahrzeugbrief. Wenn die h.M. ihnen allen die Traditionswirkung absprechen will,<sup>273</sup> so provoziert sie damit nur Unklarheiten. Natürlich kann sie der Zustimmung gewiß sein, soweit sie einen speziellen, vom BGB gelösten Übereignungstatbestand ablehnt; eine absolute Theorie ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Besitz an der Sache hatte sich schon bei den klassischen Traditionspapieren als wenig förderlich entpuppt.<sup>274</sup> Damit scheint sich die h.M. nicht begnügen zu wollen, da sie die grundsätzliche Akzeptie-

<sup>268</sup> Vgl. dazu statt aller *Hueck/Canaris*, § 24 III.

<sup>269</sup> Vgl. dazu oben § 7 IV 2.

<sup>270</sup> Zum Unterschied in der Traditionswirkung nach der absoluten Theorie vgl. bei und in Fn. 211. – Eine solche Sicht scheint jedoch BGH WM 1969, 242, 243 zugrunde zu liegen. Anstatt den Übergang zu verneinen, da der Namenslagerschein kein Traditionspapier sei, wie der BGH es tut, wäre es richtiger gewesen, ohne eine solch problematische Einordnung darauf zu verweisen, daß der nach den §§ 931, 934 Fall 1 BGB notwendige Herausgabeanspruch mangels Berechtigung nicht wirksam zediert war und insoweit auch redlicher Erwerb der Forderung angesichts der Natur des Papiers nicht in Frage kam.

<sup>271</sup> Weswegen auch dem Anliegen der h.M., die Genehmigungsanforderungen nicht zu unterlaufen, nicht Rechnung getragen werden kann.

<sup>272</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 363, 115; wohl auch *Baumbach/Duden/Hopt*, § 424, 3 D; ebenso *Weber*, obgleich er zunächst den Umkehrschluß zu § 424 HGB zieht (Warenpapiere S. 227 Fn. 1).

<sup>273</sup> So für den Lieferschein etwa BGHZ 68, 18, 21; BGH WM 1971, 742, 743; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 21; *Düringer/Hachenburg/Breit*, § 363, 15, 29; *Heynen*, Lieferschein S. 41 f., mwN.; a. A. *GroßKomm/Canaris*, § 363, 116; *Staudinger/Wiegand*, § 931, 40 (Auslegung); für sonstige Papiere des § 363 HGB *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 3; *Jacobi*, Ehrenbergs Handbuch IV 1 S. 560ff.; a. A. *GroßKomm/Canaris*, § 363, 116, 116a; zweifelnd *Staudinger/Wiegand*, § 931, 41; für den Kfz-Brief BGH NJW 1970, 633; 1978, 1854; WM 1960, 492, 494; *GroßKomm/Canaris*, § 363, 116b; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf Rdn. 633; *Mitzenwei*, NJW 1986, 2472.

<sup>274</sup> Vgl. dazu oben § 7 IV 1 c (1).

rung der Möglichkeit, die Ware gemäß den §§ 929, 931 BGB zu übereignen,<sup>275</sup> im Ergebnis wieder weitgehend zurücknimmt: Nach dem Willen der Beteiligten soll eine anhand eines Lieferscheins „durchgehandelte“ Ware bis zu ihrer Aushändigung an den letzten Abkäufer im Eigentum des Verkäufers verbleiben, was es konsequenterweise verbietet, die Weiterleitung des Papiers als Abtretung nach § 931 BGB zu interpretieren<sup>276</sup> – eine Ansicht, der, sollte sie als Plädoyer für eine Einschränkung der §§ 929 ff. BGB zu interpretieren sein,<sup>277</sup> zu widersprechen wäre.

Selbst wenn man dem doch höchst problematischen Ansatz der h.M. folgen wollte, der immerhin dem Käufer zu unterstellen hätte, er sei trotz Bezahlung des Preises regelmäßig an einer Übereignung der Ware (noch) nicht interessiert, so läge das Ergebnis gerade nicht am Charakter des Papiers. Sinnvollerweise muß man bereits die dingliche Einigung verneinen: es ist schwer vorstellbar, daß Parteien, die den Übergang als solchen intendieren, diesen an der üblicherweise konkludenten Vereinbarung eines rechtsgeschäftlichen Besitzsurrogats scheitern lassen wollen.<sup>278</sup> Das verdeutlicht, daß es sich nicht um eine Besonderheit des Lieferscheins handelt. Will man nicht in einen längst überholten positiven Parallelismus zurückfallen,<sup>279</sup> so ändert auch die Indossierung eines Orderlagerscheins – als Prototyp eines Traditionspapiers – nichts am Eigentum, soweit die Parteien entschlossen sind, alles beim alten zu belassen, und daher von einer dinglichen Einigung absehen; der vermeintliche Unterschied zum Lieferschein erweist sich als nicht tragfähig.

Die Analyse der Übereignung mit Hilfe von Traditionspapieren hatte diese Mo-

<sup>275</sup> RGZ 49, 97, 99; 103, 151, 152; RG Gruchot 66, 227, 228; JW 1931, 3079, 3080f.; BGH WM 1971, 742, 743; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 424, 1 E; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 21; *GroßKomm/Canaris*, § 363, 33; *GroßKomm/Helm*, § 444, 10; § 450, 6; *Jacobi*, *Ehrenbergs Handbuch IV 1* S. 560 Fn. 117; *Weber*, *Warenpapiere* S. 67ff., 134, 163, 186, 311; *Nielsen*, WM 1986 Beilage 9 S. 11, 13, 14, 16ff. für unterschiedliche Papiere; ebenso für ein Frachtbriefduplikat RGZ 102, 96, 97f.; RG WarnR 1908 Nr. 584; JW 1919, 182, 183 mit zustimmender Anm. von *Geiler*; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 3; gänzlich ablehnend *MünchKomm/Quack*, § 929, 148 unter fehlerhafter Berufung auf BGH WM 1971, 742, 743.

<sup>276</sup> RGZ 103, 151, 153; RG Gruchot 66, 227, 229; JW 1931, 3079, 3080f.; BGH WM 1971, 742, 743; *Palandt/Bassenge*, § 929, 3 e; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 424, 1 E; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 21; *Hertin*, MDR 1970, 883; *Heynen*, *Lieferschein* S. 134ff.; *Weber*, *Warenpapiere* S. 255ff. (vgl. aber auch die Nachw. in Fn. 275); sehr restriktiv auch BGHZ 68, 18, 21; vgl. schon RG SeuffA 73 Nr. 90 = S. 145, 146: Übereignung erst bei Ablieferung; a. A. *Düringer/Hachenburg/Breit*, § 363, 29; *GroßKomm/Canaris*, § 363, 33; wohl auch OLG Hamburg MDR 1969, 764, 765; *Franken*, *Transport* S. 182ff. (im Zweifel Umdeutung nach § 140 BGB); sowie die Nachw. in Fn. 275 zum Frachtbriefduplikat; hiergegen wiederum *Heynen*, *Lieferschein* S. 135f. mwN.; weit mehr das Sicherungsinteresse des jeweiligen Zwischenabnehmers stellt nunmehr BGH NJW 1982, 2371 für das Streckengeschäft in den Vordergrund.

<sup>277</sup> Dieser Schluß scheint BGH WM 1960, 492, 494 geleitet zu haben. Er lehnt es ab, den Kfz-Brief zu den Traditionspapieren zu zählen, weswegen sein Besitz irrelevant sei. Nichts gesagt ist damit jedoch über die Zession eines Herausgabeanspruchs.

<sup>278</sup> Der angebliche Handelsbrauch, daß das Eigentum noch nicht übergehen solle (so etwa *Weber*, *Warenpapiere* S. 259 mwN.), hätte also bereits bei der dinglichen Einigung anzusetzen und würde durch den Charakter des Papiers nicht beeinflusst.

<sup>279</sup> Vgl. dazu oben § 7 IV 1 a.

dalität in die §§ 931, 934 Fall 1 BGB reintegriert.<sup>280</sup> Die Problemstellung verlagert sich damit weg von der Qualifizierung als Traditionspapier, weg auch von der Legitimation einer analogen Anwendung der §§ 424, 450, 650 HGB<sup>281</sup> hin zur Rolle der Urkunde bei der Übertragung des Herausgabeanspruchs. Die Palette umfaßt die bloße Indizwirkung, wie sie etwa in der Übersendung eines Kfz-Briefes nach Verkauf eines bisher vermieteten Wagens liegen dürfte,<sup>282</sup> bis hin zur Begebung eines Inhaberpapiers, die regelmäßig<sup>283</sup> die Forderung mit sich zieht. Die Form der Forderungsübertragung ist mit unterschiedlicher Reichweite des Redlichkeitsschutzes für den Anspruchserwerb gepaart. Beim Inhaberpapier sehr weit gesteckt, reduziert er sich bei Rektapapieren auf eine Verdrängung des § 407 BGB, bei sonstigen Urkunden auf den Einwendungsausschluß nach § 405 BGB.<sup>284</sup>

Jeder auch noch so nachhaltige Schutz redlicher Zessionare kann sich indes nicht der Erkenntnis verschließen, daß die Übereignung vom Übergang eines Herausgabe- und nicht bloß eines Verschaffungsanspruchs abhängt. Demgemäß genügt ein Rektallieferschein ebenso wie ein Kfz-Brief, soweit ihm nur ein Herausgabeanspruch zugrunde liegt, den Anforderungen des § 934 Fall 1 BGB, während ein Inhaber- oder Orderlieferschein, der auf den Lieferanten gezogen ist, schon deshalb ausscheidet, weil er lediglich einen Verschaffungsanspruch weitergibt, der seinerseits unabweisbar bedingt, daß der Schuldner das Eigentum erst noch zu übertragen hat.<sup>285</sup>

<sup>280</sup> Vgl. dazu oben § 7 IV 1 c.

<sup>281</sup> Daran will indes GroßKomm/Canaris, § 363, 116 a.E. anknüpfen.

<sup>282</sup> Vgl. etwa BGH WM 1969, 831, 832 für eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB: In der Übersendung eines Kfz-Briefes durch den Eigentümer an einen Dritten, der die Übereignung des Fahrzeugs verlangt hat, ist die Annahme der Einigung zu erblicken (wobei die Subsumtion unter § 929 S. 1 BGB nur deshalb erfolgte, weil das Fahrzeug gleichzeitig ausgeliefert wurde; wäre die Übergabe vorher erfolgt, wäre § 931 BGB einschlägig gewesen); zustimmend *Palandt/Bassenge*, § 929, 2a aa; *Soergel/Mühl*, § 929, 7; vgl. ferner *Schaps/Abraham*, § 647, 11 mwN. für die Übergabe eines Namenskonnossements; *Schlegelberger/Schröder*, § 429, 9 für die Übergabe eines Lagerempfangsscheines; wohl auch *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 101 (Übertragungssymbol); *Staudinger/Wiegand*, § 931, 44. Die in BGH NJW 1970, 653 (= ausführlicher WM 1970, 251, 252); 1978, 1854 erörterte Problematik betraf jeweils die Anwendung der §§ 930, 933 BGB, ist daher mit den dort geltenden Regeln zu lösen (vgl. dazu unten § 8 II 1 c, d (4)): Die bloße Übergabe des Kfz-Briefes bringt den Herausgabeanspruch des Eigentümers nicht zum Erlöschen. Eine Sonderbehandlung der Traditionspapiere bei den §§ 931, 934 BGB ist damit allein noch nicht gerechtfertigt.

<sup>283</sup> Zu hier nicht weiter zu erörternden Ausnahmen vgl. statt aller *Hueck/Canaris*, § 2 III 3 a.

<sup>284</sup> Soweit die Papiere nur Doppelermächtigungen verbriefen, wie der nicht angenommene Lieferschein, geben sie nur ein Indiz für die Abtretung eines von der Anweisung natürlich getrennten Herausgabeanspruchs, so daß es auf die Probleme etwa der §§ 788, 790 BGB von vornherein nicht ankommt. Hier wie beim angenommenen Lieferschein, einem den Anspruch also verkörpernden Orderpapier, kann allenfalls fraglich sein, ob neben der Übereignung und der Zession des Herausgabeanspruchs noch die Übergabe geschuldet ist, was regelmäßig zu bejahen sein dürfte, sich jedoch auf die schuldrechtliche Ebene beschränkt (vgl. zur gesamten Problematik GroßKomm/Canaris, § 363, 33).

<sup>285</sup> GroßKomm/Canaris, § 363, 116 iVm. 29ff., insbesondere 32, will (wohl) einen auf den Lieferanten gezogenen Schein ausreichen lassen, selbst wenn dieser zur Übereignung erst noch verpflichtet ist.

## c) Die Traditionswirkung trotz fehlender wertpapierrechtlicher Legitimation

Nach dem Wortlaut der §§ 424, 450, 650 HGB muß der Erwerber, soll die Übergabe des Scheins wie die Übergabe des Gutes wirken, durch das Papier legitimiert werden, die Sache in Empfang zu nehmen. Damit scheint die Traditionsfunktion beim Inhaber- und Orderpapier außer Kraft gesetzt zu sein, soweit sie nicht übereignet bzw. indossiert werden, sondern nur die verbrieft Forderung zediert wird,<sup>286</sup> genauso wie die Abtretung des Herausgabeanspruchs an einen im Rektapapier nicht genannten Dritten als Übergabesurrogat entfallen müßte.<sup>287</sup> Doch würde auf diese Weise in die Vorschriften etwas hineingeheimnist, was ihnen gänzlich zuwiderläuft. So unüblich nämlich in der Praxis eine solche Übertragung auch sein mag, so allgemein wird sie, wie die Erörterung beim Wechsel zeigt, als theoretische Möglichkeit akzeptiert. Die Forderung läßt sich durch eine bürgerlich-rechtliche Abtretung übertragen,<sup>288</sup> warum sollte dies beim Konnossement anders sein? Um wiederum mit dem Erwerb vom Berechtigten zu beginnen: Es läßt sich, soweit der Anspruch aufgrund der Zession übergegangen ist, nicht daran rütteln, daß die Tatbestandsvoraussetzungen des § 931 BGB erfüllt sind. Die Lehre von der beschränkten Traditionswirkung bei der Zession der in einem Orderpapier ausgewiesenen

<sup>286</sup> So etwa *Schlegelberger/Gefßler*, § 450, 2 im Gegensatz zu § 447, 2; *GroßKomm/Helm*, § 450, 3 im Gegensatz zu § 447, 2; *Schlegelberger/Liesecke*, § 650, 5 im Gegensatz zu § 650, 11; widersprüchlich auch *Heymann/Kötter*, § 450, 1 sowie *Brütt*, Forderung S. 293: Alle betonen die Abhängigkeit der Traditionswirkung von der Legitimierung durch das Papier, verweisen dann jedoch auf RGZ 119, 215, 218, wo die Zession der Forderung in ihrer Wirkung als Übergabesurrogat anerkannt wird. – Ablehnend zur Traditionswirkung auch *Schaps/Abraham*, § 650, 15 Abs. 1, der aber den Übergang der Forderung bejaht, vgl. § 648, 5 Abs. 2; *Prüßmann/Rabe*, § 650 C 3b; *Schlegelberger/Schröder*, § 424, 1, der aber im selben Atemzug die Möglichkeit der Übereignung nach den §§ 929, 931 BGB schildert; *Stengel*, Orderkonnossement S. 80; *Tiedtke*, WM 1979, 1148; a.A. RGZ 119, 215, 218; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 450, 1; wohl auch *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 44; *Staudinger/Wiegand*, § 931, 37.

<sup>287</sup> *GroßKomm/Helm*, § 450, 3 (anders § 447, 2); *Schlegelberger/Gefßler*, § 450, 2 (anders § 447, 2); *Schlegelberger/Liesecke*, § 650, 5; *Stengel*, Orderkonnossement S. 154 ff.; a.A. *Schaps/Abraham*, § 650, 15 Abs. 2; *Prüßmann/Rabe*, § 650 C 3b; OLG Stuttgart BB 1950, 512, soweit nur die Abtretung auf dem Rektapapier vermerkt wird.

<sup>288</sup> Vgl. für den Orderwechsel z.B. RGZ 3, 326, 329; 119, 215, 217; BGHZ 52, 181, 183 f.; BGH WM 1977, 839, 840; *Hueck/Canaris*, § 8 I 2 a; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 I 2; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 76 f.; *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 665 f.; *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht B XIV 1 a; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 561; *Wiedemann*, PdW Handelsrecht, 2. Teil Wertpapierrecht Fall 33 a; a.A. *Harms*, Wertpapierrecht S. 71, der von einer Übertragung mit Zessionswirkung spricht, die aber keine Zession sei; für die Transportfunktion dürfte sich somit kein Unterschied zeigen. Nur vor dem Hintergrund der Möglichkeit einer Übertragung durch Zession, also ohne Indossament, ist der Streit verständlich, ob es dennoch einer Papierübergabe bedarf (vgl. dazu unten § 8 II 3 d); für das Orderkonnossement etwa RGZ 119, 215, 217; *Schlegelberger/Liesecke*, § 647, 4; *Schaps/Abraham*, § 647, 4; *Prüßmann/Rabe*, § 647 C 4 a; für den Orderladeschein beispielsweise ROHG 25, 340, 341; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 44; *Schlegelberger/Gefßler*, § 447, 2; *GroßKomm/Helm*, § 447, 2; *Düringer/Hachenburg/Bing*, § 447, 3; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 447, 1; *Heymann/Kötter*, § 447, 1; für den Orderlagerschein *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 18; *Tiedtke*, WM 1979, 1145 f.; offen gelassen von *Heymann/Kötter*, § 424, 3.



Forderung müßte sich daher zu der Prämisse bekennen, die §§ 424, 450, 650 HGB wollten die §§ 929, 931 BGB nicht nur ergänzen, sondern auch vollständig verdrängen, und käme so im Ergebnis ohne eine Restriktion des im BGB ja umfassend konzipierten Übergabesurrogats des § 931 BGB nicht aus. Die angebliche Sonderrolle wäre um so frappanter, als andere Orderpapiere des § 363 HGB, bei denen sich ein solcher Schluß schon deswegen nicht ziehen ließe, da sie nicht zu den Traditionspapieren zählen, letztendlich den Empfänger intensiver absichern könnten, vergleicht man sie mit dem Lagerschein, dem indes vom Gesetz eine solche Aufgabe ausdrücklich zugewiesen ist. Das bedeutete, die Intention etwa des § 424 HGB in sein Gegenteil zu verkehren. Es nimmt daher nicht wunder, daß die Vertreter dieser Ansicht ihrer eigenen Prämisse denn doch untreu werden und die Übergabe gemäß § 931 BGB ersetzen,<sup>289</sup> womit freilich ihrer Deduktion aus dem Wortlaut der §§ 424, 450, 650 HGB der Boden entzogen wird. Beim Erwerb vom Nichtberechtigten gemäß § 934 Fall 1 BGB wiese man zudem dem Wertpapier erneut die Schlüsselrolle dafür zu, die Willensentschließung des unmittelbaren Besitzers zu überspielen, wofür es nun einmal nicht geschaffen ist. Wird es durch Indossament übertragen, so erleichtert es den redlichen (einredefreien) Erwerb – eine Funktion, die bei bloßer Zession der Forderung fehlt.<sup>290</sup> Zu einem dazu eventuell parallel verlaufenden Besitz vermag es, wie stets, keinen eigenständigen Beitrag zu erbringen. Rektapapiere, ihrerseits an die Forderung gekoppelt und gemäß § 952 Abs. 2 BGB von dieser nachgezogen, können ohnehin nur durch Zession der Forderung den Inhaber wechseln,<sup>291</sup> nicht dagegen den Tatbestand des § 931 BGB oder den Besitzmittlungswillen des unmittelbaren Besitzers beeinflussen.

Nach welcher Richtung man die Papiere des HGB und BGB auch abklopft, einerlei, ob sie im Gesetz als Traditionspapiere bezeichnet werden oder nicht: zwar privilegieren sie ihrem Wertpapiercharakter entsprechend den Forderungserwerb, statuieren aber für die Übereignung als solche keine vom Prinzip sich absetzende Regelung. Im Hinblick auf den redlichen Erwerb der Sache passen sie sich nahtlos in das System der §§ 929 ff. BGB, insbesondere eines vom Postulat des mittelbaren Besitzes gelösten, mit dem Herausgabeanspruch präzisierten § 934 Fall 1 BGB ein und bestätigen so eine Interpretation der Vorschrift, die auf den Fremdbesitzerwillen des Schuldners getrost verzichten darf.

<sup>289</sup> Vgl. die Nachw. zu diesem Widerspruch in Fn. 286.

<sup>290</sup> *Düringer/Hachenburg/Bing*, § 447, 3; *Hueck/Canaris*, § 8 I 2 b; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 I 2; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 561; *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht B XIV 1 a.

<sup>291</sup> Daß Rektapapiere durch Zession der Forderung übertragen werden, ist unstreitig; vgl. nur *Wolff/Raiser*, § 65 III 3; *Hueck/Canaris*, § 2 III 1 a; § 8 I 2 vor a; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5; *Meyer-Cording*, Wertpapierrecht B XIV 1 b; vgl. für das Namenskonossement *Schaps/Abraham*, § 647, 11; *Schlegelberger/Liesecke*, § 647, 2; *Prüßmann/Rabe*, § 647 B; für den Rektaladeschein RGZ 122, 221, 224; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 447, 1; *Heymann/Kötter*, § 447, 1; *Schlegelberger/Gesler*, § 447, 2; *GroßKomm/Helm*, § 447, 2; *Düringer/Hachenburg/Bing*, § 447, 3; für den Rektalagerschein *Baumbach/Duden/Hopt*, § 424, 1 D; *GroßKomm/Koller*, § 440, 24, 27.

## V. Die Konsequenzen

## 1. Der Geheißerwerb

Der Geheißerwerb, der ohne Aufweichung des Traditionsprinzips nicht sachgerecht gemeistert werden kann, fällt schon bei Verfügungen Berechtigter aus dem gewohnten Rahmen: Der Erstverkäufer liefert direkt an den Zweitkäufer bzw. einen nachgeschalteten Endabnehmer, ohne daß der Erstkäufer oder sonstige Zwischenleute die Sache auch nur flüchtig in Besitz hielten.

## a) Der Erwerb vom Berechtigten

Die weitgehende Akzeptierung<sup>292</sup> kann sich über Probleme, das Streckengeschäft ins System des BGB einzuordnen, nicht hinwegsetzen.<sup>293</sup>

(1) Dabei lassen sich die für den dinglichen Vertrag notwendigen Einigungen noch vollauf plausibel aus dem Verhalten der Beteiligten erschließen; sie können antizipiert bereits mit dem obligatorischen Geschäft erklärt werden.<sup>294</sup> Als Alternative kommt eine Vollmacht des Anweisenden an den Angewiesenen zu einem In-sich-Geschäft gemäß § 181 BGB für das Deckungsverhältnis in Betracht, verbunden mit der weiteren Vertretungsmacht, im Valutaverhältnis mit Wirkung für und gegen den Anweisenden zu handeln; zumindest konkludent nimmt der Letztabnehmer das Angebot zur Übereignung an.<sup>295</sup>

<sup>292</sup> BGH NJW 1982, 2371, 2372; 1986, 1166, 1167; OLG Königsberg OLGZ 1926, 47; OLG Stuttgart BB 1975, 1131; OLG Hamm NJW-RR 1987, 245; *Jauernig*, § 929, 3g bb; *Palandt/Bassenge*, § 929, 3c; *Erman/Weitnauer*, § 447, 5a; *AK/Reich*, § 929, 15; *MünchKomm/Quack*, § 929, 141; *Soergel/Mühl*, § 929, 7; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 54; *Staudinger/Wiegand*, § 929, 46ff., 53ff.; *Planck/Brodmann*, § 929, 2 III 3; vor §§ 932–935, 4; *Baur*, § 51 III 3; *Westermann*, § 39 III 3; *Wolff/Raiser*, § 66 I 1a; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 540; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 11; *Meyer*, Dreiecksverhältnisse S. 31; *Hassold*, Leistung S. 72f., 75; v. *Caemmerer*, JZ 1962, 389; *ders.*, JZ 1963, 587; v. *Ohlshausen*, JZ 1975, 30; *Wilhelm*, AcP 175, 345; *Wieling*, JZ 1977, 294; *Pinger*, AcP 179, 312f.; anders *ders.*, AcP 179, 319; *Gursky*, JZ 1984, 605f.; *Gerhardt*, JZ 1986, 675; *Padeck*, Jura 1987, 460ff.; *Martinek*, AcP 188, 599ff.; wohl auch *Rengier*, AcP 177, 444; ebenso ohne nähere Ausführungen BGHZ 36, 56, 60; 68, 18, 20; BGH NJW 1968, 1929, 1932; 1973, 141; 1974, 1132, 1133; WM 1969, 186, 188; 1969, 831, 832; *StudK/M. Wolf*, §§ 929–931 III 1 c a. E.; skeptisch *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 565, 686b; anders jedoch *ders.*, Rdn. 671; vgl. aber die Nachw. in Fn. 303.

<sup>293</sup> Symptomatisch etwa *MünchKomm/Quack*, § 929, 146; *Staudinger/Wiegand*, § 929, 54; Die Gründe des Verkehrsbedürfnisses ließen gar keine andere Wahl; ähnlich *Jauernig*<sup>1</sup>, § 929, 3g bb; ansonsten grobe Behinderung des Rechtsverkehrs.

<sup>294</sup> So etwa BGH NJW 1982, 2371, 2372; 1986, 1166, 1167; OLG Stuttgart BB 1975, 1131; *Gursky*, JZ 1984, 606; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 63; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 540; *Padeck*, Jura 1987, 461, 462; *Martinek*, AcP 188, 616.

<sup>295</sup> So etwa *Hassold*, Leistung S. 72f.; *Padeck*, Jura 1987, 463; ablehnend *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 63 Fn. 7. Ruft umgekehrt der Letztabnehmer die Ware ab, liegt darin eine Offerte für den dinglichen Vertrag, die sein Partner konkludent annimmt, indem er die Lieferung des Erstverkäufers veranlaßt; vgl. hierzu *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 44.

An den Belangen der Beteiligten gemessen, ist eine solche Interpretation ihres Verhaltens nur allzu folgerichtig. Jedem Veräußerer in der Kette liegt ersichtlich und mit gutem Grund daran, seine Forderung gegen den Kontrahenten durch einen einfachen oder verlängerten Eigentumsvorbehalt abzusichern.<sup>296</sup> Ihn interessieren nur die Beziehungen zum jeweiligen Partner; um die Rechtsnatur nachgeschalteter Verträge braucht er weder zu wissen noch sich zu kümmern. So stieße eine direkte Übereignung spätestens dann auf nahezu unüberwindliche Schwierigkeiten, wenn der Erstkäufer bar bezahlt hat und daher auf unbedingte Übereignung Wert legt, seinem Abnehmer aber ein Zahlungsziel eingeräumt hat, die zweite Verfügung demgemäß unter Eigentumsvorbehalt erfolgen soll, oder aber der Empfänger gar nur Leasingnehmer ist.<sup>297</sup> Selbst wenn nämlich der Erstlieferant die Details kennen sollte, so ist ihm nicht zuzumuten, sich das Eigentum vorzubehalten, obgleich er die Gegenleistung bereits bekommen hat, und so im Verhältnis zu seinem Abnehmer eventuell vertragsbrüchig zu werden, zumal eine zwar umstrittene, dennoch h.M. die Vereinbarung von Eigentum oder auch nur eines dinglichen Sicherungsrechts zugunsten des Zwischenmannes für rechtlich unstatthaft erachtet.<sup>298</sup> Dieser hat seinerseits ein schutzwürdiges Interesse daran, auch dann Eigentümer zu werden, wenn die weitere Verfügung mißglücken sollte.<sup>299</sup> Letztendlich sollen – der Natur des redlichen Erwerbs entsprechend – Fehler des Deckungsverhältnisses auf dieses beschränkt bleiben; sie gehen den Letztabnehmer nichts an, genauso wie er sich nur mit seinem Partner auseinanderzusetzen hat, wenn die Ware dem im Valutaverhältnis vereinbarten Standard nicht entspricht.<sup>300</sup> Gegenüber dieser Interpretation ver-

<sup>296</sup> BGH NJW 1982, 2371 f.; von BGH NJW 1986, 1166, 1167 offensichtlich für so selbstverständlich angesehen, daß es gar nicht mehr ausdrücklich erwähnt wurde; vgl. ferner *Jauernig*, § 929, 3 gbb; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 54; *Baur*, § 51 III 3; *Westermann*, § 39 III 3; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 671; *Meyer*, Dreiecksverhältnis S. 31; *Gursky*, JZ 1984, 606; *K. Schmidt*, JuS 1987, 68 (Bericht über BGH NJW 1986, 1166); *Padeck*, Jura 1987, 461; *Martinek*, AcP 188, 615.

<sup>297</sup> *Jauernig*, § 929, 3 gbb; *Soergel/Mühl*, § 929, 7; MünchKomm/Quack, § 929, 48; *Baur*, § 51 III 3; *Westermann*, § 39 III 3; v. *Caemmerer*, JZ 1962, 389; *ders.*, JZ 1963, 587; v. *Olshausen*, JZ 1975, 30; *Wieling*, JZ 1977, 294; *Meyer*, Dreiecksverhältnis S. 31; *Padeck*, Jura 1987, 461; *Martinek*, AcP 188, 599, 615. – Spätestens bei solchen Gestaltungen versagen Vorschläge, die mit einer vom Erstverkäufer konsentierten Veräußerung des Zweitverkäufers als eines Nichtberechtigten arbeiten wollen (vgl. z. B. *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 65; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 28 f.). Wenn im Valutaverhältnis von vornherein kein Eigentumsübergang gewollt ist oder er mißlingt, wird denn auch eine Übereignung im Deckungsverhältnis unterstellt (*Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 65 f.; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 30 f., ähnlich S. 37 beim Erwerb vom Nichtberechtigten), ohne eine Begründung dafür zu geben, warum dies nur im Ausnahmefall und nicht generell so sein soll, und ohne konstruktive Details zu erläutern.

<sup>298</sup> Vgl. statt aller *Palandt/Heinrichs*, vor § 328, 5b mwN.

<sup>299</sup> v. *Caemmerer*, JZ 1962, 389; *ders.*, JZ 1963, 587; *Süß*, Festschrift für Wolff S. 154; *Westermann*, § 39 III 3.

<sup>300</sup> OLG Stuttgart BB 1975, 1131 unter dem Aspekt der Auslegung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts im Deckungsgeschäft. – Auch das spricht gegen die Konstruktion über § 185 Abs. 1 BGB (vgl. dazu Fn. 297); Fehler des Deckungsverhältnisses würden so zwangsläufig ins Valutageschäft eingeschleust. Anders mag es sein, wenn der Eigentumsvorbehalt bei der Di-

mag der Hinweis wenig auszurichten, der Durchgangserwerb erscheine lebensfremd.<sup>301</sup> Wie anders als durch eine Übereignung entlang der Rechtsgrundbeziehungen sollen die Parteien ihre Belange wahren?

Natürlich schließt die Möglichkeit des Erwerbs über Eck eine abweichende Vereinbarung nicht aus.<sup>302</sup> Abnehmer wie auch Lieferant erkaufen sie jedoch mit einschneidenden Risiken: Die auf die Rechtsgrundverhältnisse beschränkte Gefahrverteilung wird modifiziert, insbesondere schlagen Mängel des dinglichen Geschäfts direkt durch; ein Dissens verhindert ebenso den Übergang wie mangelnde Berechtigung des Erstverkäufers. Angesichts dieser Unwägbarkeiten werden die Belange beider Parteien regelmäßig für die Verfügung über Eck sprechen; eine Abweichung bedarf gewichtiger, zuvörderst in den Willenserklärungen verankerter Gesichtspunkte.

Wenig fruchtet eine Als-ob-Betrachtung.<sup>303</sup> Beschränkt auf ihre Domäne, das Bereicherungsrecht,<sup>304</sup> trägt sie zur Lösung der sachenrechtlichen Fragen nichts bei; erweitert auch auf die Eigentumsverschiebung – den Übergang also fingierend<sup>305</sup> – geriete sie umfassender als die auf bewegliche Sachen beschränkte Lehre vom Geheißerwerb, hätte insbesondere im Grundstücksverkehr – und es gäbe keinen systemimmanenten Ansatz, sie auf das Mobiliarsachenrecht einzugrenzen – mit kaum auflösbarer Erklärungsnot zu kämpfen: Müßte sie doch trotz rein rechtsgeschäftlicher Abwicklung eine Übereignung außerhalb, ja gegen das Grundbuch gestatten.

---

reklieferung an den Dritten offengelegt wird (OLG Hamm NJW-RR 1987, 245; OLG Stuttgart BB 1975, 1131).

<sup>301</sup> *Lopau*, JuS 1975, 774 mit Fn. 6, der sich indes zu weitgehenden Konzessionen veranlaßt sieht; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 29; nicht näher spezifiziertes Unbehagen bei *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 565, 686 b; ablehnend zu *Lopau* aber z. B. *Hassold*, Leistung S. 77.

<sup>302</sup> RGZ 92, 347, 352 f.; BGH NJW 1974, 1132, 1133; 1986, 1166, 1167; WM 1969, 186, 188; StudK/M. Wolf, §§ 929–931 III 1 c a. E.; *Westermann*, § 39 III 3; *Wieling*, JZ 1977, 294; *Meyer*, Dreiecksverhältnis S. 31 f.; *Padeck*, Jura 1987, 461. – Üblich ist dies wegen der Kostenersparnis im Grundstücksrecht; vgl. dazu unten § 10 II 5.

<sup>303</sup> So etwa *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 813 unter Berufung auf RGZ 86, 343, bei dem aber die Frage des Durchgangserwerbs nicht entschieden wurde, und OGHZ 4, 81, 86, bei dem es nur um eine Gutschrift ging; *ders.*, WM 1980, 368 mit Fn. 96 a; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 65; *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 23, 25; *ders.*, WM 1979 Sonderbeilage 3 S. 6; *ders.*, Festgabe für v. Lübtow S. 515; *Harder*, JuS 1979, 79; *ders.*, AcP 182, 375 Fn. 7; Münch-Komm/Lieb, § 812, 32; *Reuter/Martinek* § 11 I 3 = S. 411; wohl auch *Weinaner*, Festschrift für v. Caemmerer S. 281 mit Fn. 83; uneinheitlich *Wilhelm*, Vermögensentscheidung S. 116 Fn. 197, 122 einerseits, S. 123 andererseits; *ders.*, JuS 1973, 3 tendiert wieder zum Durchgangserwerb.

<sup>304</sup> Wo sie in aller Regel nur erörtert wird; vgl. etwa *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 813; auch *Pinger*, NJW 1983, 158. In den Streit um den Bereicherungsausgleich im Dreiecksverhältnis kann und soll hier nicht eingegriffen werden. Natürlich gibt es eine Reihe von Fällen, in denen es unmöglich sein dürfte, einen Durchgangserwerb zu konstruieren, und die daher bereicherungsrechtlich nur mit einer Als-ob-Theorie zu lösen sind.

<sup>305</sup> So wohl *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 65; ähnlich wohl *Pinger*, AcP 179, 312: Quasidinglicher Zwischenerwerb in der Person des Anweisenden.

(2) Konstruktive Schwierigkeiten der Übergabe sollen über der Analyse der Interessenlage nicht vertuscht werden. § 929 S. 1 BGB setzt allgemeinem Verständnis nach den Wechsel des unmittelbaren Besitzes voraus, verlangt damit selbstredend auch, daß der Erwerber ihn tatsächlich erhält, gemildert freilich durch die Möglichkeit, die Übergabe mit Hilfe von und an Hilfspersonen den Partnern zuzurechnen.<sup>326</sup> Die rein ergebnisorientierte Lösung des BGH, die Besitzverschaffung werde durch die Anweisung des jeweiligen Veräußerers an den Erstverkäufer vollzogen, seinen Besitz dem Letztkaufher zu übertragen, wenn sich der Käufer damit einverstanden erkläre und den Letztkaufher zur Inbesitznahme anweise,<sup>307</sup> trägt zur Klärung ebensowenig bei wie die schon in eine Fiktion abgleitende Behauptung, unter diesen Umständen gelte der Besitz als übertragen.<sup>308</sup>

Doch auch die Lehre tut sich hart. Der schon früh diskutierte Weg einer antizipierten Übereignung kurzer Hand – der Empfänger einige sich vorab mit dem Anweisenden, die Besitzerlangung sei aufschiebende Bedingung für die Wirkung der Willenserklärungen<sup>309</sup> – erweist sich als schwer gangbar, zwar weniger deswegen, weil eine solche Übergabe nicht auf eine konkrete Einigung bezogen wäre oder die Besitzerräumung auf alle Fälle vorangehen müßte,<sup>310</sup> desgleichen nicht mit Rücksicht auf die angebliche Unmöglichkeit einer vorgängigen Willensübereinstimmung.<sup>311</sup> Die Möglichkeit, die Einigung antizipiert zu erklären, ist inzwischen anerkannt; Einigung und Übergabe wären einander zugeordnet, ohne daß sich ein notwendiger zeitlicher Vorrang nachweisen ließe. Die Lösung setzt aber voraus, daß der Anweisende, um Eigentümer zu werden, jedenfalls kurzfristig den Besitz erhält, und daran fehlt es. An derselben Aporie kranken die unterschiedlichen Spielarten,

<sup>326</sup> AK/Reich, § 929, 15; Staudinger/Wiegand, § 929, 48 mwN.; Baur, § 51 III 3; Wadde, JZ 1974, 691; ausführlich Martinek, AcP 188, 586 ff. – Hier werden nur die Fälle untersucht, in denen der Letztabnehmer Eigentum erwerben soll und nicht nur Mieter o.ä. ist. Im letztgenannten Fall bedarf es des mittelbaren Besitzes zwischen dem Erstkaufher und dem Empfänger der Ware (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1987, 245).

<sup>307</sup> BGHZ 36, 56, 60 f. mwN.; 68, 18, 20; BGH WM 1969, 186, 188; 1969, 831, 832; NJW 1982, 2371, 2372; 1986, 1166, 1167 (dort allerdings unter Verwechslung der Personen und unzutreffender Berufung auf BGH NJW 1968, 1929, 1932; in diesem Fall war der Besitz einem Besitzmittler des Anweisenden übergeben worden; vgl. dazu auch Fn. 325); OLG Stuttgart BB 1975, 1131; StudK/M. Wolf, §§ 929–931 III 1 c a.E.; Staudinger/Wiegand, § 929, 60, 91 und Padeck, Jura 1987, 463 f. ohne dogmatische Fundierung für den Eigentumserwerb der Zwischenleute. Bilow, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 540 vertritt eine Kombination der Übergabe nach § 929 BGB (für Erstverkäufer und Letztkaufher) und § 931 BGB (für die Zwischenleute).

<sup>308</sup> BGH NJW 1973, 141, 142; wohl auch BGHZ 68, 18, 20; BGH WM 1969, 831, 832; Gerhardt, Mobiliarsachenrecht § 12, 2 c = S. 95.

<sup>309</sup> v. Tuhr, JherJb 48, 43; ders., II 1 S. 383 Fn. 116; Holtkamp, Streckengeschäft S. 15 f.; a. A. Westermann, § 39 III 3; Wolff/Raiser, § 66 I 1 a mit Fn. 8; Wadde, JZ 1974, 692.

<sup>310</sup> So indes Wadde, JZ 1974, 692; sein Hinweis auf § 932 Abs. 1 S. 2 BGB überzeugt nicht, da er nur die (dann konsequente, aber ohnedies zu modifizierende) Rechtsfolge im Auge hätte.

<sup>311</sup> So indes Wolff/Raiser, § 66 II iVm. I 4 unter fehlerhafter Berufung auf BGHZ 14, 114, 119, der nur davon spricht, die Einigung müsse noch fortwirken, dürfe also nicht widerrufen sein.

die die Verfügung des Zwischenmannes über § 185 BGB – meist wird Abs. 2 S. 1 Fall 2 genannt<sup>312</sup> – als konvalesziert auffassen. Die verbleibenden Tatbestandsvoraussetzungen zunächst unwirksamer Verfügungen regelt § 185 BGB nicht; er verweist insoweit vielmehr auf § 929 BGB und kann nicht zu seiner Konkretisierung dienen.<sup>313</sup> All diese Thesen veranschaulichen zumindest nicht, wie der Anweisende auch nur kurzfristig den Besitz soll ausgeübt haben.<sup>314</sup> Auf den mittelbaren Besitz schließlich läßt sich mit zwei Modellen ausweichen: Entweder man geht davon aus, mit der Akzeptierung der Weisungsbefugnis werde mittelbarer Besitz zwischen dem Erstverkäufer und seinem Abnehmer vereinbart,<sup>315</sup> oder man nimmt an, neben einer antizipierten Einigung zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Anweisenden werde die Absprache getroffen, der Zweiterwerber solle die Sache als Besitzmittler des Erstkäufers erwerben, dieser allerdings nach einer juristischen Sekunde auf den Besitz verzichten.<sup>316</sup> Daß damit der mittelbare Besitz von seiner Dauer her schrumpft,<sup>317</sup> ist kein triftiges Gegenargument, da diese Eigentümlichkeit jede juristische Sekunde charakterisiert. Selbst wenn sie theoretisch möglich wäre, so bliebe die Konstruktion aber in hohem Maße gekünstelt; ihr Ziel, das Traditionsprinzip zu retten, führt sich selbst ad absurdum: Ein mehr oder weniger fiktives Besitzgebäude, nur formal geeignet, das Dogma hochzuhalten, wendet sich letztendlich gegen die eigene Überzeugungskraft.<sup>318</sup>

Doch sollte das Traditionsprinzip keine unbezwingbare Hürde bedeuten. Rechtspolitisch seit langem angefeindet,<sup>319</sup> ist seine Tragweite schon von der gesetzlichen

<sup>312</sup> v. Caemmerer, JZ 1963, 587; Hassold, Leistung S. 74 (jeweils § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB); Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 929, 18 unter a (§§ 362, 185 BGB); Westermann, § 39 III 3; Wolff/Raiser, § 66 I 1 a (jeweils § 185 BGB).

<sup>313</sup> Wadde, JZ 1974, 692; anders ist es für die zur Konvaleszenz führende Veräußerung (vgl. sogleich im Text).

<sup>314</sup> Nicht überzeugend ist das weitere Argument Wadde's, JZ 1974, 692, § 185 BGB setze voraus, daß der Verfügende den Besitz einräumen müsse; das braucht bei § 929 S. 2 BGB nicht so zu sein (vgl. auch hierzu sogleich im Text).

<sup>315</sup> RGZ 92, 347, 353; OLG Königsberg OLGZ 1926, 47; Baur, § 51 III 3; ablehnend Hinsberg, LZ 1917, 117f.

<sup>316</sup> v. Tuhr, II 1 S. 383 Fn. 116 a. E.; erwogen von RGZ 92, 347, 353.

<sup>317</sup> Wadde, JZ 1974, 693; ablehnend ohne Gründe auch Jaernig, § 929, 3gaa; ferner AK/Reich, § 929, 15; Soergel/Mühl, § 929, 7; Westermann, § 39 III 3; Wolff/Raiser, § 66 I 1 a; Holtkamp, Streckengeschäft S. 7ff. – Die weiteren Einwände Wadde's, aaO. überzeugen ebenso wenig: Bei längeren Veräußerungsketten entsteht entgegen Wadde (je nach Konstruktion über den Erstverkäufer oder den Letzterwerber vermittelter) mehrstufiger Besitz. Der Erstverkäufer beispielsweise besitzt unmittelbar, sein Partner ist mittelbarer Besitzer erster Stufe, dessen Abkäufer mittelbarer Besitzer zweiter Stufe usw. Die umgekehrte Besitzleiter ist etwa unentbehrlich, wenn ein Eigentumsvorbehalt offengelegt wird (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1987, 245; Staudinger/Wiegand, § 929, 53). – Daß der gutgläubige Erwerb den Restriktionen des § 933 BGB unterläge, wäre Konsequenz der Konstruktion, kein Grund, sie zu verwerfen.

<sup>318</sup> Das Interesse des Verkäufers, das Eigentum möglichst lange zu behalten – etwa um die Ware umzurichten zu können – (Holtkamp, Streckengeschäft S. 9f.), ist allerdings durch diese Konstruktion nicht notwendig tangiert.

<sup>319</sup> Vgl. insbesondere Süß, Festschrift für Wolff S. 141 ff.; Wacke, Besitzkonstitut S. 39: Der Erwerbsschutz wird unnötigerweise durch Traditionsprinzip und gutgläubigen Erwerb dop-

Konzeption her beschnitten; wie anders lassen sich die schon theoretisch gewichtigen Durchbrechungen der §§ 929 S. 2, 930f. BGB verstehen, die sich je nach dem wirtschaftlichen Kontext in der Praxis sogar in den Vordergrund geschoben haben? Den berechtigten Aufgaben des Traditionsprinzips,<sup>320</sup> namentlich dem Erhaltungsinteresse des Eigentümers, läßt sich durch eine sachgemäße Interpretation der §§ 933f. BGB Rechnung tragen.<sup>321</sup> Ansonsten hat sich der Übergabezwang zur reinen Traditionsmaxime abgeschwächt, also zum Mittel, den Übereignungswillen zu verlautbaren – zumindest beim Streckengeschäft zu Recht: Es ist dafür gesorgt, daß der Erstverkäufer den Besitz endgültig verliert, der Letztverkäufer ihn erhält, damit das grundlegende Postulat jeder Übereignung erfüllt ist. Eine kurzfristige Übergabe an die Zwischenleute hätte demgegenüber auch angesichts der mit dem Traditionsprinzip verfolgten Ziele wenig Sinn.<sup>322</sup> Weder der Erwerberschutz noch das Erhaltungsinteresse des Eigentümers sind tangiert, wenn das Gut keine Zwischenstationen durchläuft, sondern direkt an den Endabnehmer geliefert wird,<sup>323</sup> zumal bei geringfügiger Modifizierung des Sachverhalts, nämlich durch Einlagerung und Abtretung des Herausgabeanspruchs, die Übereignung sich problemlos abspielt, obgleich sich dort die (sichtbare) Besitzlage überhaupt nicht ändert, während beim Geheißerwerb wenigstens eine Auslieferung stattfindet.<sup>324</sup> Ein streng interpretiertes, auf strikte Offenlegung der Eigentumsentwicklung erpichtes und daher dem Publizitätsgedanken verpflichtetes Traditionsprinzip dürfte sich zudem nicht dazu bereithalten, den Ersatz der realen Übergabe durch Surrogat zu erlauben.<sup>325</sup>

---

pelt gewährleistet; entschieden verteidigt wird das Traditionsprinzip dagegen von *Martinek*, AcP 188, 580f.

<sup>320</sup> Überblick bei *Wacke*, Besitzkonstitut S. 31; *Martinek*, AcP 188, 576ff. – Von diesen scheiden das fiskalische und das Kuriositätsinteresse ebenso von vornherein aus wie der Personalgläubigerschutz (dazu *Wacke*, Besitzkonstitut S. 31ff.). Die Verhinderung von Übereignung wie die Gewährleistung erbrechtlicher Formgebote (*Wacke*, Besitzkonstitut S. 31, 80ff.) sind in vorliegendem Kontext nicht einschlägig, der Erwerberschutz durch die §§ 932ff. BGB garantiert.

<sup>321</sup> *Wacke*, Besitzkonstitut S. 50ff.; dazu genauer unten § 8 II 1c.

<sup>322</sup> *Wacke*, Besitzkonstitut S. 93; *Heck*, Sachenrecht § 56, 2, 11; ähnlich *Soergel/Mühl*, Einleitung zu §§ 854ff., 42; *AK/Reich*, vor §§ 929ff., 9; *Westermann*, § 37, 1; *Martinek*, AcP 188, 596, 612, 618, der den Verzicht des Erwerbers auf die Verschaffungsfunktion des Traditionsprinzips zuläßt, ja sogar den Verzicht auf den ansonsten von ihm streng geforderten Bezug der Übergabe auf die Einigung (AcP 188, 618), obgleich er sich vehement gegen die Aufweichung des Traditionsprinzips in die Traditionsmaxime verwahrt (AcP 188, 580f.); wohl auch *Staudinger/Wiegand*, vor §§ 929ff., 22; *Boehmer*, II 2 S. 29; skeptisch *Larenz*, II 1 § 39 II d; *Baur*, § 51 VIII 2; für bedeutungslos hält die Kontroverse de lege lata *Wolff/Raiser*, § 66 vor I Fn. 2.

<sup>323</sup> *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 11; vgl. auch die Nachw. in Fn. 293.

<sup>324</sup> Vgl. auch *Hassold*, Leistung S. 73.

<sup>325</sup> *Staudinger/Wiegand*, vor §§ 929ff., 23; § 929, 56ff.; *Heck*, Sachenrecht § 56, 5–10; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 92f. – Das zeigen auch die Fälle BGH NJW 1968, 1929, 1932; 1986, 1166, 1167. Dort waren Güter dem Besitzmittler des Anweisenden übergeben worden, was ihn in den Stand setzte (wenngleich dies der BGH im konkreten Fall angesichts der Interessenlage verneinte), dem Endabnehmer den Herausgabeanspruch zu zedieren und ihm so das Eigentum zu verschaffen.

Daß die Auflockerung des Traditionsprinzips beim Streckengeschäft den Wertungen des BGB nicht zuwiderläuft, sondern sie exakt reflektiert, gibt schließlich § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB zu erkennen. Die Norm geht offensichtlich von der Zulässigkeit eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs, nämlich desjenigen des bisher Nichtberechtigten, aus, bei dem dieser als Käufer keinen auch nur mittelbaren Besitz erhält; ist die Sache doch längst an den dritten Verfügungsempfänger weitergegeben, der seinerseits nicht den geringsten Anlaß dazu hat, sich einem besseren Recht seines Partners zu beugen. War die vorangegangene Verfügung bereits unter § 929 S. 2 BGB zu subsumieren, so hatte der Zwischenmann möglicherweise nie Besitz ausgeübt, obgleich § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB ohne weiteres einen Erwerb über Eck normiert.<sup>326</sup>

Läßt sich also vom Besitzerwerb des Zwischenmannes absehen, so folgt daraus mit Selbstverständlichkeit, daß der Letztabnehmer den Besitz nicht aus seiner Hand erhalten muß, eine Beurteilung, die mit einem Blick auf § 934 Fall 2 BGB erhärtet wird. Da schon der nicht besitzende Nichteigentümer dem Erwerber zu Eigentum verhelfen, also dem Traditionsprinzip Genüge tun kann – sonst dürfte das Gesetz diese Modalität nicht vorsehen –, obgleich die Anspruchsabtretung mangels Berechtigung des Zedenten mißlungen war, steht dem durchgängigen Satz, neben der Einigung bedürfe es nur noch der Übertragung des Besitzes von dem mit dem Verfügenden nicht identischen und mit ihm auch nicht besitzrechtlich verbundenen Drittbesitzer,<sup>327</sup> kein Hinderungsgrund entgegen. So schlägt diese Erleichterung auch auf den Erwerb vom Berechtigten durch. Die §§ 932 ff. BGB vermögen das fehlende Eigentum zu überspielen, nicht aber sonstige Mängel des Erwerbs.<sup>328</sup> Die in dieser Hinsicht weitherzige Handhabung des Traditionsprinzips<sup>329</sup> wurzelt also insoweit in der Konzeption des BGB selbst – im übrigen ganz im Sinn der hier vertretenen Abgrenzung: Bereits beim Erwerb vom Berechtigten manifestiert sich dessen Befugnis keinesfalls in einer Besitzlage, sondern in seiner Fähigkeit, Dritte

<sup>326</sup> Die oben kritisierten Autoren (vgl. bei Fn. 312) hatten § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB mit einem traditionell und streng verstandenen Traditionsprinzip unter einen Hut zu bringen versucht. Das kann ohne seine Modifizierung nicht gelingen.

<sup>327</sup> OLG München NJW 1957, 875, 876; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 932, 22; *Westermann*, § 39 II 2; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2 a; ausführlich *Wadde*, JZ 1974, 694; de facto auch BGHZ 36, 56, 61. BGH NJW 1959, 1536, 1538 knüpft die Wirkung des § 934 Fall 2 BGB an das behauptete Eigentum iVm. der Zession des angeblichen Herausgabeanspruchs und anschließender Erlangung des (zumindest mittelbaren) Besitzes. Die spezielle Funktion dieser von einer Vertrauensgrundlage wie der Stellung des Erwerbers her völlig irrelevanten Abtretung wird nicht näher ausgeführt, womit das Gericht übersieht, daß sich in keiner Hinsicht Folgen daran knüpfen können. Es wäre nicht zu rechtfertigen, allein an eine solche Formalie weitreichende Unterschiede anzuschließen, zumal angesichts der Tatsache, daß für den Erwerber nur nachprüfbar ist, ob der unmittelbare Besitzer den Weisungen des Veräußerers tatsächlich folgt (vgl. dazu auch OLG München NJW 1957, 875, 876).

<sup>328</sup> *Palandt/Bassenge*, § 932, 2, insbesondere a; MünchKomm/Quack, § 932, 6 ff., speziell 17 zum Geheißerwerb; *Westermann*, § 47 I 1; *Hager*, WM 1980, 668.

<sup>329</sup> v. *Caemmerer*, JZ 1963, 587; *Hassold*, Leistung S. 74; *Padeck*, Jura 1987, 464; ähnlich *Westermann*, § 39 III 3; MünchKomm/Quack, § 929, 146; *Soergel/Mühl*, § 929, 7.



zur Übergabe an die Abnehmer zu veranlassen, kurz in der Besitzverschaffungsmacht.<sup>330</sup>

(3) Sporadisch artikulierte Bedenken<sup>331</sup> vermögen nichts an der Tatsache zu ändern, daß der prinzipielle Parallelismus<sup>332</sup> zwischen den Übereignungen und den Rechtsgrundverhältnissen und die damit verknüpfte Auflockerung des Traditionsprinzips sich nicht auf Streckengeschäfte beschränkt, sondern generell den Geheißerwerb kennzeichnet. Soweit der Zwischenmann seinen Verkäufer tatsächlich angewiesen hatte, an seinen Vertragspartner zu liefern, wird er regelmäßig mit diesem synchron eine Vereinbarung, etwa einen Mietvertrag, geschlossen haben, die auch bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mittelbaren Besitz begründet, damit den Anforderungen an die Übergabe Genüge getan haben.<sup>333</sup>

Konstruktionsschwierigkeiten treten in erster Linie auf, wenn nicht der Zwischenmann, sondern beispielsweise der Empfänger die Anweisung erteilt, diese jedoch lediglich durch eine Scheinvollmacht gedeckt wird. Hier am Traditionsprinzip festzuhalten, mit dem Effekt, daß die Übergabe an den nur scheinbaren Vertreter nicht tauglich ist, das Eigentum an den vorgeblich Vertretenen zu übertragen,<sup>334</sup> würde dessen Schutz zwar verbessern, soweit er dadurch die Chance erhält, gegen das Handeln seines angeblichen Vertreters einzuschreiten. Doch spaltet man dadurch zum einen das Schicksal der Übereignung auf, je nachdem, ob der Scheinbevollmächtigte den Besitz tatsächlich ergreift oder ein den Vorschriften über Rechtsgeschäfte, damit auch über die Scheinvollmacht unterworfenen und somit wirksames

<sup>330</sup> Wadde, JZ 1974, 694; a. A. Holtkamp, Streckengeschäft S. 20 f. Wadde, aaO. Fn. 78 kritisiert die These der Traditionsmaxime von Heck, Sachenrecht § 56, 2, da es nur darum gehe, dem Zwischenmann die Möglichkeit zu verschaffen, durch sein Geheiß einen dritten Besitzer zur Übergabe an einen Vierten zu veranlassen. Dem Problem, ob und wie der Zwischenmann redlich erwerben kann, wird man damit nicht hinreichend gerecht, weswegen Wadde's Position in dieser Frage nicht überzeugt; vgl. sogleich unten § 7 V 1 b und schon oben § 7 III 1.

<sup>331</sup> OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 470 f.; Jauernig, § 929, 3 gbb; ob der Zwischenerwerber zumindest mittelbaren Besitz erlangt haben muß, erwägt BGH WM 1976, 153, 154, läßt die Frage aber offen; BGH JZ 1978, 104, 105 beurteilt eine Übereignung, in der es am Geheiß fehlte, anhand von § 933 BGB.

<sup>332</sup> Prinzipiell, weil Ausnahmen denkbar sind. Zum einen kann der Parteiwille abweichen (vgl. dazu schon oben bei Fn. 301), was etwa bei einer angenommenen Anweisung zu überlegen sein könnte. Zum anderen ermöglicht fehlende Zurechnung (§ 935 Abs. 1 BGB) natürlich den direkten Zugriff – schon deswegen, weil der Letztabnehmer hier nicht wirksam erworben hat.

<sup>333</sup> BGH WM 1976, 153, 154.

<sup>334</sup> So OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 470 f.; Jauernig, § 929, 3 gbb. – Die Revisionsentscheidung bestätigt das OLG Frankfurt vom Ergebnis her, da schon die Einigung mangels wirksamer (Schein-)Vollmacht nicht gegen den angeblich Vertretenen wirkte (BGHZ 98, 140, 145 ff.), brauchte sich demzufolge mit besitzrechtlichen Fragen nicht mehr auseinanderzusetzen (BGHZ 98, 140, 147). BGHZ 83, 293, 294 billigt dagegen einen Bereicherungsanspruch gegen einen Ehemann, dessen Ehefrau sich aufgrund einer Kontovollmacht Geld hatte auszahlen lassen, und bejaht auf diese Art implizit den Übergang von Eigentum und Besitz; andernfalls hätte der Ehemann nichts erlangt.

Besitzsurrogat aushandelt,<sup>335</sup> vernachlässigt zum anderen den Aspekt der Zurechnung fremden Verhaltens, da kein Verkäufer seinem durch einen (Schein-)Bevollmächtigten vertretenen Partner Eigentum verschaffen und so seine Verbindlichkeit erfüllen könnte, sollte mangels Übergabe das dingliche Geschäft unrettbar zum Scheitern verurteilt sein. Die Möglichkeit, den Vollzug der Übereignung durch Übergabe der Sache an Hilfspersonen dem Empfänger zuzuordnen, verlangt daher nicht unabweisbar eine tatsächlich erteilte Vollmacht; hinreichend sind auch Rechtscheinvollmachten.<sup>336</sup>

#### b) Der Erwerb vom Nichtberechtigten

Was beim Erwerb vom Eigentümer gilt, muß für Verfügungen Nichtberechtigter keineswegs ohne Abstriche zu übernehmen sein.

(1) Dem Letztabnehmer steht allerdings § 934 Fall 2 BGB zur Seite. Die Vorschrift ist buchstäblich auf den Fall zugeschnitten, daß der Veräußerer ohne materielles Recht handelt, auch der Besitz nicht für ihn sprechen kann; nicht zuletzt sie gab den Ausschlag, den wenig aussagekräftigen Besitz als Rechtsscheinträger durch die Besitzverschaffungsmacht zu ersetzen. So verdient lediglich Aufmerksamkeit, wie die h. L. dem mit ihrem System nicht harmonisierenden Phänomen Rechnung zu tragen versucht: Indem sie nämlich die Tatsache, daß der Dritte dem Geheiß des Veräußerers zu folgen bereit sei, ebenso wertet wie den Besitz – beides lasse erkennen, daß der Anweisende Herr der Sache sei<sup>337</sup> –, hat ihre Begründung mit einem traditionell verstandenen Rechtsschein allenfalls noch am Rande zu tun.

(2) Verwickelter liegen die Dinge für den redlichen Erwerb des Zwischenmannes;<sup>338</sup> daß er Besitz erlangt habe, mußte schon beim Erwerb vom Berechtigten mit einer Auflockerung des Traditionsprinzips erkaufte werden. Für die §§ 932 ff. BGB scheint die Rolle des Besitzes, wenn auch nicht als Rechtsscheinträger auf seiten des

<sup>335</sup> Was in aller Regel konkludent neben der Einigung erfolgen wird, so daß das Kriterium einer zweiten Willenserklärung mit eindeutigem Bezug zur Sachherrschaft (so OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 470, 471) keine Aussagekraft besitzt.

<sup>336</sup> Ebenso im Ergebnis, wenngleich ohne nähere Problematisierung, Reeb, Bereicherungsrecht S. 21 (zu Fall 11).

<sup>337</sup> BGHZ 36, 56, 61; BGH NJW 1974, 1132, 1134; Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 564; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 12; Köndgen, Festgabe für Esser S. 72 mit Fn. 136; Wadde, JZ 1974, 694; Römer, Mobiliarerwerb S. 239 ff.; Holtkamp, Streckengeschäft S. 35 f., der in Konsequenz seiner These, die Übereignung fuße auf § 929 S. 2 BGB, in gewichtige Schwierigkeiten mit dem von ihm traditionell interpretierten § 932 Abs. 1 S. 2 BGB gerät; ohne ausdrückliche Begründung auch BGH NJW 1973, 141; MünchKomm/Quack, § 929, 143; v. Caemmerer, JZ 1963, 588; Weitnauer, NJW 1974, 1733 Fn. 31; Picker, NJW 1974, 1795; Lopau, JuS 1975, 775; kritisch zu dieser Erweiterung Reuter/Martinek, § 13 I 2 = S. 511; zur Position Martineks vgl. noch Fn. 346; a. A. E. Wolf, Sachenrecht § 5 B IV d = S. 239.

<sup>338</sup> Auf den es regelmäßig ankommt, wenn der weitere redliche Erwerb wegen Bösgläubigkeit des Letztabnehmers gescheitert ist, das dingliche Geschäft im Valutaverhältnis an einem Fehler litt oder aber in einer längeren Kette nach dem Passivlegitimierten für die Klage aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zu suchen ist (vgl. etwa die Problematik in BGH NJW 1973, 141, 142).

Veräußerers, so doch in der Position des Erwerbers, restriktivere Leitlinien zu indizieren.

In überkommene Vorstellungen mit ihren hinreichend gerügten Schwächen fällt freilich zurück, wer den Besitz, und zwar denjenigen des Erstkäufers, zur Vertrauensgrundlage und zum Träger der Eigentumsvermutung hochstilisiert, sich andererseits der tragenden Funktion der Besitzverschaffungsmacht verschließt.<sup>339</sup> Das ist selbst aus traditioneller Sicht nicht einmal in sich schlüssig. Wäre der Besitz tatsächlich Rechtsscheinträger, so müßte das Ergebnis der h.M. geradewegs umgekehrt lauten. Denn der Erstveräußerer übt nicht nur die tatsächliche Gewalt aus, sondern gab auch den Besitz vollständig zugunsten seines Partners auf. Wenn man diese Anforderung nun noch strenger faßt und den redlichen Erwerb am Fehlen der Besitzergreifung durch den Zwischenmann scheitern läßt, so hat man, ohne es zu verdeutlichen, längst (zumindest auch) zur Besitzverschaffungsmacht umgeschwenkt. Nicht anders läßt es sich interpretieren, wenn man sich weigert, vom Rechtsschein des Besitzes zu sprechen, sondern den Rechtsschein des Besitzwechsels propagiert.<sup>340</sup>

Der Versuch, sich auf das Sichtbarkeitsinteresse der Allgemeinheit zurückzuziehen, das das Gesetz bewogen habe, einem weiteren Auseinanderfallen von Eigentum und tatsächlicher Gewalt ein Ende zu bereiten, und demgemäß auf der Übergabe an den Zwischenerwerber zu bestehen,<sup>341</sup> verhindert die Kongruenz von Eigentum und Besitz ausgerechnet im pathologischen Fall. Scheitert der redliche Erwerb des Anweisenden, klafft weiterhin die Lücke zwischen Besitz und Eigentum, das der Letzterwerber beispielsweise seiner Unredlichkeit wegen – und nur dann spielt es eine Rolle, ob bereits sein Veräußerer vom nichtberechtigten Erstverkäufer erworben hatte – nicht bekommt. Wie wenig korrekt schon das Sichtbarkeitsinteresse als Prämisse ist, verdeutlicht § 934 Fall 1 BGB, der eine solche Trennung von unmittelbarem Besitz und Eigentum ausdrücklich vorsieht.

Allerdings ist auch das Konzept der Besitzverschaffungsmacht nicht aller Schwierigkeiten enthoben. Der Erwerber hat im Sinne eines streng verstandenen Traditionsprinzips den Besitz nicht ausgeübt; dies nährt die Skepsis, ob der Veräußerer seine Fähigkeit zur Besitzzeinräumung hinreichend unter Beweis gestellt hat. Dennoch legt es eine Reihe von Gründen nahe, das Traditionsprinzip auch beim Erwerb vom Nichtberechtigten nicht zu verabsolutieren. Der nur kurzfristigen Ausübung der tatsächlichen Gewalt würde ansonsten ein Stellenwert beigemessen, der ihre Aussagekraft übersteigt. So hielte es näherer Betrachtung kaum stand, wenn sich die Übereignung nach den §§ 931, 934 BGB – etwa das Durchhandeln unter Abtretung von Herausgabeansprüchen – vom Streckengeschäft so signifikant unterscheiden

---

<sup>339</sup> Wadle, JZ 1974, 695.

<sup>340</sup> Wadle, JZ 1974, 695.

<sup>341</sup> So Wadle, JZ 1974, 696; Römer, Mobilärerwerb S. 238; tendenziell auch Baur, § 52 I 1 aa; Wacke, Besitzkonstitut S. 44; Bauer, Festschrift für Bosch S. 11, die jedoch die Anforderungen an den Besitz des Zwischenerwerbers nicht näher spezifizieren; vgl. zur Position Wadles auch schon Fn. 330.

sollte. Ist schließlich das Traditionsprinzip schon beim Erwerb vom Eigentümer aufgelockert, weil die Übergabe zur bloßen Förmelerei herabsänke, soweit der Zweitverkäufer seinen Partner nur bestimmen konnte, die Sache direkt an den Zweitkäufer auszuliefern, so strahlt das auch auf die Verfügungen Nichtberechtigter aus. Für den Zwischenmann bewährt sich die Rechtsmacht des Verkäufers zwar nicht dadurch, daß er ihm die Sache übergibt, sie erhält aber genügend Stütze, wenn nur seine Weisungen befolgt werden. Daneben eine kurzfristige Übergabe zu verlangen überzöge wie im Normalfall die Anforderungen.<sup>342</sup>

Darin wird etwa der Unterschied zu § 934 Fall 2 BGB sichtbar, der seinerseits an der Besitzeinräumung festhält – und zwar zu Recht: Solange ein Nichtberechtigter seinem Partner gar nichts verschafft hat, ist dieser noch nicht geschützt; außer durch das Gerede seines Partners ist seine Position nicht abgesichert. Darum geht es hier nicht, da der Erstverkäufer an den weiteren Abnehmer geliefert hat. Das Traditionsprinzip in seiner abgemilderten Form der Traditionsmaxime ist hinreichend berücksichtigt; damit hat es sein Bewenden.

c) Das Fehlen des Deckungsverhältnisses – die Täuschungsfälle

Weiteres Ungemach für eine auf den Rechtsschein des Besitzes fixierte h.M. fördern Willensmängel des Angewiesenen zutage. Leitfaden der Diskussion und Paradigma der dabei auftretenden Verwicklungen sind die Täuschungsfälle, in denen aus der Sicht des Empfängers der Lieferant eine Schuld des Zwischenmannes erfüllen will, was wiederum nicht mit der Intention des Erstverkäufers zusammenpaßt; glaubt er doch, auf einen Vertrag mit dem Endabnehmer zu leisten. Zugrunde liegt dem regelmäßig eine betrügerische Manipulation durch den Anweisenden, der, zwar durch ein Rechtsgeschäft mit dem Letztkäufer zur Übereignung verpflichtet, keineswegs für ein Deckungsgeschäft im eigenen Namen gesorgt hat, sondern als Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Empfänger auftritt und so dem Erstverkäufer vorgaukelt, jener sei Vertragspartner.

(1) Der BGH, der hier redlichen Erwerb bejaht,<sup>343</sup> verstößt, so sehr man ihm im Ergebnis auch beizupflichten hat, erneut gegen die eigene Prämisse vom Besitz als Rechtsscheinträger. Mit ihm zu argumentieren, hat auch die h.L. in solchen Fällen längst aufgegeben; an seine Stelle ist die Unterordnung des Angewiesenen getre-

<sup>342</sup> So im Ergebnis auch BGH NJW 1973, 141, 142, freilich ohne nähere Begründung. Obgleich auf Weisung das Gerät direkt an den Endabnehmer (hier: Gu.) ausgeliefert wurde, bejahte das Gericht redlichen Erwerb des Anweisenden; *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 151 Fn. 298; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 65f., der die Lehre vom Durchgangserwerb ablehnt, den Fall aber löst, als sei eine Lieferung über Eck erfolgt, mithin die Regeln analog anwendet. – Damit erledigen sich die Bedenken von *Martinek*, AcP 188, 634f., demzufolge der Besitzserwerb des Zwischenmannes irrelevant sei. Es genügt die Befolgung der Weisung des Zwischenmannes (so auch *Martinek* selbst, AcP 188, 642, 644f.).

<sup>343</sup> BGHZ 36, 56, 60f.; BGH NJW 1974, 1132, 1133f.; zustimmend *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 47ff.; *Wieling*, JZ 1977, 295f.; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 419, die alle jedoch richtig auf die Besitzverschaffungsmacht abstellen; ferner *Pinger*, AcP 179, 333 Fn. 180.

ten.<sup>344</sup> Gleichwohl hat sich die Literatur nicht in jeder Beziehung aus überkommenen Kategorien lösen können. Wie ansonsten an den Besitz, lehnt sie sich nunmehr eng an dessen Surrogat an: Ohne wirkliche Subordination des Lieferanten, wo der Empfänger, wenn auch nach objektiv-normativen Interpretationsmaßstäben, eine solche bloß annehme, fehle die hinreichende Basis für den redlichen Erwerb – vergleichbar mit der irrigen Annahme, der Verfügende sei Besitzer, bei der der Erwerber auch auf eigenes Risiko handle.<sup>345</sup> Träfe das zugrunde liegende Konzept zu, so wäre die Folgerung durchaus konsequent; angesichts der geschilderten Ungeheimheiten werden freilich nur die schon bekannten Schwächen perpetuiert. In dem Augenblick, da der Besitz als Rechtsscheinträger seine Aussagekraft eingebüßt hat, beschreibt auch das Postulat tatsächlicher Unterordnung des Lieferanten längst verlorene Positionen.

Die Besitzverschaffungsmacht als Kriterium rückt auch an dieser Stelle die Dinge zurecht. Nicht das Vertrauen des Erwerbers an eine irgendwie strukturierte, letztendlich doch aufgelockerte oder fehlende besitzrechtliche Beziehung des Veräußerers zur übereigneten Sache wird prämiert, der Schutz rührt von dessen Fähigkeit her, mit dem Besitz seinem Partner dasjenige zu vermitteln, was für eine Verfügung auch vom Berechtigten unerlässlich ist, und so den normalen Ablauf zu garantieren. Der Empfänger braucht jedoch der Konzeption des redlichen Erwerbs wegen grundsätzlich nicht zu recherchieren, worauf diese Fertigkeit des Veräußerers beruht, ob ihr im Deckungsverhältnis ein mangelhafter Vertrag unterlegt war oder dieser gar fehlte, er braucht sich konsequenterweise nicht darum zu kümmern, ob sich der Lieferant tatsächlich unterworfen hat oder ob er durch eine Täuschung zur Übergabe veranlaßt wurde.<sup>346</sup> Wie beim gewöhnlichen Streckengeschäft läuft die

<sup>344</sup> Vgl. schon oben § 7 V 1b mit Fn. 337.

<sup>345</sup> *Jauernig*, § 932 II 2; *Palandt/Bassenge*, § 932, 2b; *Soergel/Mühl*, § 812, 48; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 564; *Hassold*, Leistung S. 173; *Meyer*, Dreiecksverhältnis S. 76; *Reuter/Martinek*, § 13 I 2 = S. 511; *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 72 mit Fn. 136; *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 151 Fn. 298; *ders.*, AcP 175, 346 Fn. 149; *Gottwald*, PdW Sachenrecht Fall 63; *Hugmann-Lauterbach*, Zusammenhang S. 138; ein Teil der Lehre modifiziert die Begründung mit dem Hinweis, guter Glaube daran, der Dritte übergebe auf Geheiß des Verfügenden, sei nicht geschützt; so etwa *MünchKomm/Quack*, § 929, 145; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 III 2c; *Harms*, Sachenrecht S. 146; *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 71 f. mit Fn. 226; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 13; v. *Caemmerer*, JZ 1963, 588; *Wadle*, JZ 1974, 694 Fn. 81; *Weitmann*, NJW 1974, 1733 Fn. 31; *Lopau*, JuS 1975, 775; *E. Wolf*, Sachenrecht § 5 B IV d = S. 239 f.; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 69, 71; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 44 ff.; ablehnend auch *AK/Reich*, § 929, 15; *Soergel/Mühl*, § 932, 6; *Baur*, § 52 II 1a (3); *Joerges*, JuS 1975, 519, dessen Argument, hier beziehe sich der erweckte Anschein nicht auf eine bestimmte Eigentumslage, sondern auf eine rechtsgeschäftliche Konstellation, jedem gutgläubigen Geheißerwerb entgegenstünde und von der h.M. aus gutem Grund nicht akzeptiert wird; *Martinek*, AcP 188, 629 ff., da keine tatsächliche Unterwerfung der angeblichen Geheißperson vorliege und daher bereits der Tatbestand der Übergabe fehle.

<sup>346</sup> BGH NJW 1974, 1132, 1134; OLG München NJW 1957, 875, 876; *Westermann*, § 47 I 1; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 47; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 419; *Wieling*, JZ 1977, 295 f.; *ders.*, Jura 1980, 326 f.; *Honsell/Wieling*, Fälle zum Besonderen Schuldrecht S. 123 f. – *Martinek*, AcP 188, 636 f. leugnet den Modellcharakter des § 934 Fall 2 BGB speziell

Übereignung trotz der direkten Zuwendung über Eck, wenngleich selbstredend ein wirksamer Vertrag im Deckungsverhältnis nicht zustandekam. Der Unterschied zur Lieferung entlang der jeweiligen Rechtsgrundbeziehungen, die, selbst wenn sie im Deckungsverhältnis nicht mit einem intakten Rechtsgeschäft korreliert oder durch einen Betrug motiviert sein sollte, dem Zwischenmann zumindest vorübergehend tatsächlich ausgeübten Besitz einräumt und so eine Verfügung an dessen Endabnehmer erlaubt, die durch die §§ 932 ff. BGB begünstigt wird, verschwindet vollends. Er hätte angesichts des geringfügigen Stellenwerts, den das Traditionsprinzip im Streckengeschäft für die Position des Anweisenden spielt, angesichts der oft zufälligen Wahl der Abwicklungsmodalität, vornehmlich mit Blick auf die von derartigen Eventualitäten unabhängige Interessenlage kaum zureichend erhärtet werden können. In beiden Varianten zieht erst der Gedanke der Zurechnung dem in der Besitzverschaffungsmacht wurzelnden redlichen Erwerb Grenzen.<sup>347</sup>

(2) Natürlich muß die Übergabe in einen korrespondierenden dinglichen Vertrag eingebunden sein. Trotzdem ist die Einigung hier weit weniger heikel, als es die ausufernde, mit dem Schlagwort „Sichtdogma“ beladene und dadurch nicht selten irregeleitete Diskussion vermuten läßt. Regelmäßig<sup>348</sup> darf der Empfänger das Verhalten des Lieferanten als dessen Beitrag zu einem normalen Streckengeschäft werten, somit als eigenes Angebot für eine Übereignung im Deckungsverhältnis und als

---

in Fällen des Geheißerwerbs, insbesondere bei einer Lieferung aufgrund arglistiger Täuschung – doch kaum zu Recht. Das Argument, bei den §§ 929, 932 BGB sei das Traditionsprinzip zu beachten, das die §§ 931, 934 Fall 2 BGB durchbrächen, überzeugt nicht. Setzt § 934 Fall 2 BGB keine (fehlgeschlagene) Zession voraus (vgl. oben § 7 III 3), so läßt sich die Grenze zum Geheißerwerb nicht mehr ziehen, wobei obendrein eine solche Differenzierung auf tönernen Füßen stünde. Der Bezug der Übergabe auf die Einigung (so die These *Martinek*, AcP 188, 636 f.) besagt nichts über den Blickwinkel, aus dem dieser Bezug zu würdigen ist (vgl. dazu sogleich im Text unter § 7 V 1 c (2) mit Fußn. 357). Den Sinn von § 934 Fall 2 BGB will *Martinek*, AcP 188, 637 darin sehen, daß die Norm ein längeres Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum verhindern solle. An welche Fälle *Martinek* hier denkt, bleibt ebenso unklar wie die Frage, warum dieses Telos nicht auch und gerade beim Geheißerwerb aufgrund einer arglistigen Täuschung Platz greift. – Als Übernahme des Ergebnisses in die Prämisse wirkt es, wenn v. *Olshausen*, JZ 1975, 31 als Rechtsscheinträger in solchen Fällen die Veranlassung einer Lieferung iVm. einem vom Nichtbesitzer im eigenen Namen über den Liefergegenstand abgeschlossenen Rechtsgeschäft begreift und daher Position gegen die Besitzverschaffungsmacht bezieht. Natürlich muß eine Einigung iS. des § 929 S. 1 BGB hinzukommen, so daß der Beitrag des Maklers zu einer Übereignung, den v. *Olshausen* als Gegenbeispiel bemüht, nicht ausreicht; auch wird die Zuwendung aus Sicht des Empfängers nur dann als Leistung des Anweisenden zu gelten haben, wenn vorher irgendein Vertrag geschlossen wurde, der einen hinreichenden Bezug schafft. Genauso wie das schuldrechtliche Geschäft und die dingliche Einigung immer notwendig, dennoch nicht Teil des Rechtsscheinträgers sind, genauso wenig genügt auch in den Anweisungsfällen, in denen der Lieferant getäuscht wurde, die bloße Besitzverschaffung, ohne daß die dingliche Einigung speziell hier Rechtsscheinträger würde.

<sup>347</sup> *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 49 f.; v. *Olshausen*, JZ 1975, 30 f.

<sup>348</sup> Anders im Fall BGHZ 36, 56 ff. Dort war der Lieferschein direkt auf den Empfänger ausgestellt; eine Übereignung von seinem Vertragspartner durfte er daher nicht vermuten – vgl. die Andeutungen bei BGH NJW 1974, 1132, 1134; ferner *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 44 Fn. 1; *Wieling*, JZ 1977, 292.

eine in Vertretung des Zwischenmanns übermittelte Offerte im Valutaverhältnis verstehen.<sup>349</sup> Den ihm bekannten Umständen nach – und nicht nur beiden Seiten erkennbare Fakten sind zu berücksichtigen, sondern auch solche, die sich nach objektiv-normativen Kriterien auch nur aus Sicht des Erklärungsgegners anhand des Empfängerhorizonts erschließen<sup>350</sup> – gliedert sich der Lieferant in die Absatzkette über Eck ein. Ihm ist es zudem leichter möglich, den Bezug seines Handelns klarzustellen, und sei es nur durch einen Hinweis im Lieferschein.<sup>351</sup> Der Empfänger hingegen hat keinen Anlaß, daran zu zweifeln, daß der schuldrechtliche Vertrag erfüllt werden soll, zumal da anderenfalls eine schwer zu begründende Diskrepanz aufträte, wenn – was ebenso mühelos vorstellbar ist – die dinglichen Willenserklärungen mit dem obligatorischen Vertrag zusammen antizipiert abgegeben wurden – und dann selbstverständlich zwischen den Partnern des Valutaverhältnisses.<sup>352</sup>

<sup>349</sup> BGH NJW 1974, 1132, 1133; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 44; *Wieling*, JZ 1977, 295; a. A. ohne nähere Begründung *Joerges*, JuS 1975, 519. – Vgl. auch BGH NJW 1962, 2196, 2197 f.: Wer im eigenen Namen auftreten will, kann als Vertreter anzusehen sein, wenn dies aus objektiver Würdigung der gesamten Umstände folgt. – Daß der Empfänger wahlweise auch vom Angewiesenen erwerben will, wie *Wieling*, aaO. annimmt, überzeugt dagegen nicht, weil er sich nicht mit den Fehlerquellen dieses Geschäfts belasten und auch seine Einwendungen gegenüber seinem Partner erhalten und einem Herausgabeanspruch gegenüber geltend machen will.

<sup>350</sup> *Larenz*, AT § 19 II a = S. 339 f. mit umfangr. Nachw.; speziell für diesen Fall *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 49 Fn. 21; anders zu Unrecht *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 71; *Weitnauer*, NJW 1974, 1731 unter wohl nicht zutreffender Berufung auf *Flume*, II § 163 c; a. A. ferner *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 47. – Sonst gäbe es wohl nie eine (lediglich anfechtbare, aber zunächst wirksame) Erklärung trotz arglistiger, einen Erklärungsirrtum provozierender Täuschung oder bei schlichter Verwechslung der Personen, soweit sie dem Erklärenden verborgen geblieben ist; vgl. auch unten § 7 V 1 c (4).

<sup>351</sup> So für die bereicherungsrechtliche Abwicklung des Falles auch *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 688; ähnlich *Esser/Weyers*, § 48 III 6b, der die Wertung der §§ 177 ff. BGB zu Lasten des Lieferanten anwendet; *Benthien*, Zweckerreichung S. 292, 299 Fn. 64; OLG Nürnberg MDR 1964, 65; *Hassold*, Leistung S. 177; *Baur/Wolf*, JuS 1966, 396 f.; *Möschel*, JuS 1972, 301. – Im Ergebnis dürften Informationslasten, die hier dem Lieferanten aufzuerlegen sind, eine ausschlaggebende Rolle spielen; vgl. dazu allgemein *Leenen*, MDR 1980, 358. – Daher vermag auch das in der Literatur angeführte Gegenbeispiel nicht zu überzeugen: Jemand fängt einen Brief des Eigentümers ab, in dem eine Ware zur Ansicht angekündigt wird, und schließt daraufhin mit dem Empfänger einen Vertrag, in dem er ihm diesen Gegenstand verkauft (v. *Olshausen*, JZ 1975, 30; *Martinek*, AcP 188, 632). Es ist nicht ersichtlich, warum in diesen Fällen eine – aus Sicht des Empfängers nach objektiv-normativen Regeln zu beurteilende – Übergabe fehlen soll. Der Eigentümer hätte es in der Hand gehabt, bei der Lieferung eine entsprechende Mitteilung beizufügen. Im Rahmen einer Zession des Herausgabeanspruchs würde denn auch niemand den Rückgriff auf die §§ 133, 157 BGB in Frage stellen; bei § 929 S. 1 BGB anders zu entscheiden entbehrt der Rechtfertigung. Und schließlich ist es auch nicht einzusehen, warum der Eigentümer, der die Sache aufgrund eines Betruges aus der Hand gegeben hat, sie durch redlichen Erwerb soll verlieren können, dagegen geschützt ist, wenn der Betrug dem Letztabnehmer gegenüber verübt wurde. Hier wie dort kann es allenfalls an der Zurechnung fehlen (vgl. dazu unten § 7 V 1 c (4)).

<sup>352</sup> Eine antizipierte Einigung direkt zwischen Erstverkäufer und Beliefertem scheitert schon an der mangelnden Vertretungsmacht des Anweisenden – ein weiteres gesetzliches Indiz für die favorisierte Auslegung.

Die objektiv-normative Interpretation mit Rücksicht auf den Empfängerhorizont erweist ihre Dienste auch bei der Übergabe. Die Sicht des Übereignungsbegünstigten bestimmt die Zuordnung zum dinglichen Vertrag, und zwar in doppelter Hinsicht: Nicht ein irgendwie geäußelter, dem Gegner mitnichten unvermeidbar zugewandener Wille des Übertragenden gibt den Ausschlag,<sup>353</sup> da wie bei der Vereinbarung mittelbaren Besitzes nicht nach außen manifeste Entschlüsse des unmittelbaren Besitzers ohne Konsequenzen bleiben, schon mit Blick auf ansonsten schwer zu untermauernde Differenzen zur bloßen Zession von Herausgabeansprüchen, die ohne weiteres rechtsgeschäftlichen Grundsätzen untersteht. Alles andere eröffnete auch irritierende Manipulationsmöglichkeiten; der einem beliebigen Dritten gegenüber geäußerte, dem Vertragspartner gegenüber aber verheimlichte Vorbehalt torpedierte jede Übereignung.<sup>354</sup> Zum anderen besagt die im wesentlichen unstrittige Notwendigkeit eines finalen Bezugs zwischen der Übergabe und der Verfügung,<sup>355</sup> von § 936 Abs. 1 S. 3 BGB ausdrücklich akzentuiert, nichts über den Blickwinkel, unter dem die Zielvorstellung zu analysieren ist. Nicht nur der Zuwendende bietet sich als Ansatzpunkt an,<sup>356</sup> sondern gleichermaßen der Empfänger, weswegen die Frage in der Schwebe bleibt. Immerhin ist die Willensbetätigung in den Vollzug eines dinglichen Vertrages integriert und tendiert schon von daher zu den für Rechtsgeschäfte ausersehenen Interpretationsmaximen. Anderenfalls hätte man zwar die Einigung anhand objektiv-normativer Kriterien im Hinblick auf die Verständnismöglichkeit des Empfängers zu ermitteln, brähe damit sogleich wieder bei der Beurteilung des tatsächlichen Moments und ließe damit außer acht, daß der Schutz des Gegners als tragende Säule der allgemein akzeptierten Auslegungslehre<sup>357</sup> in beiden Problemfeldern in gleicher Weise betroffen ist.

<sup>353</sup> So indes *Wadle*, JZ 1974, 693 Fn. 66 unter Berufung auf *Stillschweig*, Erwerber S. 33 und *Wolff/Raiser*, § 15 II 2.

<sup>354</sup> *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 48.

<sup>355</sup> *Wolff/Raiser*, § 66 I 4 a mit Fn. 27; v. *Caemmerer*, JZ 1963, 588; *Picker*, NJW 1974, 1795; *Wieling*, JZ 1977, 296; entschieden nunmehr *Martinek*, AcP 188, 583, 598, der bei Einschaltung von Besitzmittlern das Merkmal durch die Unterwerfung des Besitzmittlers unter den Willen des Anweisenden präzisiert (AcP 188, 589 f., 593 f., 598), dieses Kriterium der tatsächlichen Unterwerfung auch bei Geheißpersonen fordert (AcP 188, 605 f.) – und zwar nicht nur beim redlichen Erwerb, sondern – da es sich um eine Voraussetzung der Übergabe handle – bereits im Rahmen des § 929 S. 1 BGB (AcP 188, 605 f., 631); zumindest für die Übergabe nach § 929 S. 1 BGB skeptisch *Staudinger/Wiegand*, § 929, 88; genauer betrachtet kann die Übergabe unter Akzeptierung schon bestehenden Eigentums genügen; vgl. dazu *Westermann*, § 39 IV; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 48 Fn. 16.

<sup>356</sup> So v. *Caemmerer*, JZ 1963, 588; *Picker*, NJW 1974, 1795; *Martinek*, AcP 188, 639; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 44 mit Fn. 1, 46 unter Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 164 Abs. 2 BGB (vgl. hierzu Fn. 361 a.E.).

<sup>357</sup> Vgl. etwa *Soergel/Hefermehl*, § 133, 20; *Larenz*, AT § 19 II a = S. 341; *Medicus*, AT Rdn. 323; *Wieling*, JZ 1977, 293; speziell für den hier vorliegenden Fall *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 48; a. A. *Martinek*, AcP 188, 632, 633 f. mit dem Einwand, die interpartes-Regeln der §§ 133, 157 BGB würden damit in einem Bereich angewendet, in dem das Allgemeininteresse des Rechtsverkehrs betroffen sei. *Martinek* selbst zieht indessen für die Frage der Interpretation der dinglichen Einigung – soweit diese nicht bereits antizipiert zwi-



(3) Soweit zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger ein Rechtsgrund vereinbart und die Anweisung wirksam war, kann der ehemalige Eigentümer den redlichen Erwerb grundsätzlich nicht über § 812 BGB unterlaufen.<sup>358</sup> Das Verständnis der §§ 932 ff. BGB als Rechtsgrund für das Behaltendürfen auch dem Berechtigten gegenüber oder als Verbot eines direkten Durchgriffs spielt, da ohne Einfluß auf das Ergebnis, nur eine terminologische Rolle. Die sachenrechtliche Regelung prädestiniert die Zulässigkeit bereicherungsrechtlicher Abwicklung.<sup>359</sup> Einer Qualifizierung des Anspruchs, die sich etwa in dem Einwand formulieren könnte, § 816 Abs. 1 S. 1 BGB sperre nur die Nichtleistungskondition gegen den Erwerber, der für die Sache eine Leistung erbracht habe, besage aber nichts über die Zulässigkeit einer Leistungskondition, kommt keinerlei Gewicht zu, da nicht die im Detail ja denkbar subtile und umstrittene Eingruppierung die Richtung weisen kann, sondern allein die in den §§ 932 ff., 816 Abs. 1 BGB fixierte Wertung. Den Leistungsbegriff zum allein maßgeblichen Moment zu überhöhen hieße nicht nur, den umfassenden Konsens über die paradigmatische Rolle der Vorschriften an empfindlicher Stelle aufzubrechen, zumal da eine Ausnahme nicht nur bei gänzlichem Fehlen, sondern auch bei sonstigen Mängeln des Deckungsgeschäfts zu gelten hätte, sondern beraubte die §§ 932 ff. BGB sogar in ihrem originären Anwendungsbereich der Funktion; wäre redlicher Erwerb trotz eines fehlerfreien Rechtsgrundes im Valutaverhältnis doch nicht kondiktionsfest.

Unter diesem Aspekt führt der Streit, ob die Zweckbestimmung der Leistung aus Sicht des Empfängers zu interpretieren sei<sup>360</sup> oder aber der Wille des Zuwendenden

---

schen dem Anweisenden und dem Empfänger erklärt ist – offensichtlich doch die §§ 133, 157 BGB heran; ansonsten wären seine in die Problematik der Übergabe eingebetteten Gedanken hinfällig, da es schon an der dinglichen Einigung fehlen müßte. An der Richtschnur der §§ 133, 157 BGB ist offensichtlich nicht vorbeizukommen; vor allem aber gibt es keinen Grund, Unterschiede für die Einigung und die Übergabe zu postulieren, was den Blickwinkel angeht. Damit ist angesichts der Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB die Voraussetzung des Einigungsbezugs (dazu *Martinek*, AcP 188, 636 f.) aus Sicht des Erwerbers gegeben; ers als die h. M., indes ohne nähere Begründung, auch *Wadle*, JZ 1974, 693 Fn. 66.

<sup>358</sup> Vgl. die Nachw. in § 51 mit Fn. 3; insbesondere auch *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 51. Der von *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 71 Fn. 226 vertretene Primat des Bereicherungsrechts vor dem redlichen Erwerb stellt die Dinge geradezu auf den Kopf; unklar insoweit auch *Serick*, IV § 54 II 2 b = S. 658. – Um Mißverständnisse zu vermeiden: Dies gilt natürlich nur für ansonsten intakte Verfügungen eines Nichtberechtigten. Fehler dieses Geschäfts führen zur Rückabwicklung über Bereicherungsrecht, in die sich der ehemalige Eigentümer einmischen kann, soweit ihm die Ansprüche zediert wurden. Auch ein Mangel der Anweisung kann sich auswirken. Um all das geht es für den Regelfall nicht.

<sup>359</sup> Ausführlich *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 114 ff.

<sup>360</sup> Vgl. etwa BGHZ 40, 272, 277 f.; 56, 228, 240; 58, 184, 188; 61, 289, 293; 66, 362, 365; 67, 75, 79; 72, 246, 249; 87, 246, 249; 87, 393, 398; 89, 376, 381; BGH NJW 1974, 1132, 1133; 1984, 2205, 2206; WM 1978, 1053, 1054; OLG Hamm MDR 1974, 313; *Westermann*, § 54, 3; *Möschel*, JuS 1972, 300; präziser dagegen (Auslegung wie eine Willenserklärung) *Palandt/Thomas*, § 812, 5 Bb; *Palandt/Bassenge*, § 951, 1 c; RGRK/*Heimann-Trosien*, § 812, 18; RGRK/*Pikart*, § 951, 13; *Baur*, § 53 c II 2 c; *Fikentscher*, § 99 II 1 acc; *Reuter/Martinek*, § 4 II = S. 100 f.; *Martinek*, AcP 188, 624; *Zeiss*, AcP 165, 335; *ders.*, JZ 1963, 9; *Thomä*, JZ 1962, 627, 628; *Baur/Wolf*, JuS

den Vorrang genieße,<sup>361</sup> nur in die Irre, woran allerdings der BGH ein gerüttelt Maß an Schuld trägt: Indem er zunächst die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

1966, 395 mwN.; *Beuthien*, Zweckerreichung S. 292; *ders.*, JZ 1968, 327; *Huber*, JuS 1970, 516; *Wieling*, JZ 1977, 293 f.; *Pinger*, AcP 179, 332; *Hagmann-Lauterbach*, Zusammenhang S. 152; ebenso im Ergebnis *Erman/H. P. Westermann*, § 812, 15; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 60; *Has-sold*, Leistung S. 176 f., der den Lieferanten aus dem Risikoprinzip auf das negative Interesse haften läßt; zögernd *Serick*, IV § 54 II 2 b = S. 657 ff. Wenn *Ehmann*, NJW 1971, 613 gegen das Sichtdogma polemisiert, an seine Stelle freiwilliges In-Verkehr-Bringen setzen will, so übersieht er, daß es sich um kumulative Voraussetzungen handelt.

<sup>361</sup> So ein beachtlicher Teil der Lehre; vgl. (partiell unter Bezug auf die Einbaufälle, doch gleichwohl einschlägig, da auch dort die §§ 932 ff. BGB die Richtschnur abgeben) z. B. *Erman/Hefermehl*, § 951, 7; *Soergel/Mühl*, § 812, 47; § 951, 3; *MünchKomm/Lieb*, § 812, 91, 93 ff.; *Staudinger/Gursky*, § 951, 11; *Larenz*, II § 68 III e 2; *Esser*, II<sup>4</sup> § 102 II 2; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 688; *Mühl*, Festgabe für v. Lübtow S. 562; *G. Hager*, Symposium König S. 176; *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 71; *Meyer*, Dreiecksverhältnis S. 69 ff.; *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 68 ff.; *ders.*, ZIP 1983, 1416 f.; *E. Wolf*, Sachenrecht § 5 B IV d = S. 240; *v. Caemmerer*, Festschrift für Dölle S. 164; *Flume*, II § 47 Fn. 20 a; *ders.*, JZ 1962, 282; *Berg*, NJW 1962, 101; *ders.*, NJW 1964, 721; *v. Ohlshausen*, JZ 1975, 29; nach Zurechnungsgesichtspunkten differenzierend *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 823, 826 f.; *ders.*, BB 1972, 779; *ders.*, JZ 1984, 627 f.; wohl auch *Koppensteiner/Kramer*, S. 43; so auch noch die frühere Rechtsprechung; vgl. etwa RGZ 98, 64, 65; sowie für einen Spezialfall (fehlende Gegenleistung des Empfängers) OLG Hamm MDR 1975, 53, 54 (siehe dazu sogleich im Text bei Fn. 386), während die bisweilen zitierte Entscheidung BGH WM 1957, 926, 927 (wohl) schon die Kondiktion des Einbauenden verneint und dies, wenn auch etwas verwaschen, mit dem Vorrang der Rechtsgrundbeziehungen begründet.

Recht uneinheitlich ordnet *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 149 f. die Frage ein, da er auf der Grundlage seines Kriteriums der Vermögensentscheidung danach differenziert, ob der Lieferant die zugewendete Sache dem Zwischenmann zur Verfügung gestellt hatte (ebenso *ders.*, AcP 175, 321; *ders.*, JuS 1973, 5 f.), während er später (AcP 175, 345 f.; *ders.*, JuS 1973, 6) die Wertung des Geheißerwerbs in den Mittelpunkt rückt, was konsequenterweise zur Perspektive des Empfängers führt. Man kann nicht auf eine tatsächliche vermögensmäßige Entscheidung des Lieferanten abstellen (so jedoch *Wilhelm*, aaO. S. 149; *ders.*, AcP 175, 321) und dies anhand der in der Beurteilungsperspektive damit gerade nicht kongruierenden §§ 932 ff. BGB begründen, zumal diesen (auch) Zurechnungsgesichtspunkte zugrunde liegen; vgl. dazu unten § 7 V 1 c (4). – *Wilhelms* Ablehnung des redlichen Erwerbs (S. 151 mit Fn. 298; *ders.*, JuS 1973, 8 f.) verkennt denn folgerichtig dessen entscheidende Basis – ganz abgesehen davon, daß diese Ersetzung der tatsächlichen vermögensmäßigen Entscheidungen durch die §§ 932 ff. BGB im System *Wilhelms* ohnedies als Fremdkörper wirkt. – Uneinheitlich ist auch *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 71 Fn. 226, der von der Prävalenz der Leistungsbestimmung für das Sachenrecht ausgeht, bei redlichem Erwerb aber plötzlich diesem den Vorrang gibt. – Mehrere Gesichtspunkte gehen auch bei *Lopau* durcheinander. Einerseits lehnt er redlichen Erwerb und die Leistungsbestimmung aus Sicht des Empfängers ab (JuS 1975, 775, 776), andererseits will er die Kondiktion ausschließen, da der Empfänger nicht schlechter behandelt werden dürfe, als wenn der Mittelsmann aufgrund eines Betruges den Besitz erhalten und weitergegeben hätte (JuS 1975, 777). Zu guter Letzt erklärt *Lopau* den ganzen Streit angesichts des (nunmehr entgegen JuS 1975, 774 vorsichtig bejahten) redlichen Erwerbs für irrelevant (JuS 1975, 778). – Schließlich überzeugt auch nicht die Argumentation von *Stierle*, Bereicherungsausgleich S. 37 (ebenso jedoch *Joerges*, JuS 1975, 518; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 46, 164), nach § 164 Abs. 2 BGB sei zu vermuten, daß jeder für sich selbst leisten wolle. Die Norm ändert nichts daran, daß die Erklärung nach den allgemeinen – also objektiv-normativ am Empfängerhorizont orientierten – Grundsätzen auszulegen ist (MünchKomm/*Thiele*, § 164, 54).

prüft, sie wegen des Sichtdogmas verwirft, erst im Anschluß daran auf den Gutgläubenserwerb zu sprechen kommt und ihn mit dem Argument bejaht, ansonsten sei der Vertrauensschutz des Empfängers einer Zuwendung, die er für eine Leistung des Schuldners halte, unvollkommen,<sup>362</sup> stellt er die Dinge geradezu auf den Kopf und handelt sich den Vorwurf ein, im Hinblick auf ein zweifelhaftes kondiktionsrechtliches Dogma sachenrechtliche Regeln zurechtzubiegen.<sup>363</sup> Die zusätzliche These, wegen des Vorrangs der Leistungsbeziehung erübrige sich eine weitere Prüfung der §§ 932 ff. BGB,<sup>364</sup> überzieht nicht nur die Ableitung aus einem Konstrukt, sondern ist überdies sachlich unrichtig und hat auch nachhaltige Verwirrung gestiftet.

Vornehmlich dieser in sich unstimmigen Basis wegen hat die Diskussion eine falsche Richtung genommen und somit ein grundsätzliches Dilemma der Kontroverse verdeckt. Sieht man einmal vom guten Glauben und dem fehlenden Abhandenkommen als Voraussetzungen ab, so mag bei der Judikatur die von den §§ 932 ff. BGB gelöste Prüfung der Leistungsbestimmung anhand der im Ergebnis favorisierten Kongruenz noch weitgehend als Schönheitsfehler zu rügen sein, für ihre Gegner wirkt sie sich indes fatal aus. Man braucht nicht einmal darauf zu verweisen, daß die Leistungsbestimmung, einerlei, ob sie als Vertrag, als einseitige Willenserklärung oder als Ausdruck rechtsgeschäftlichen Willens verstanden wird,<sup>365</sup> ohnehin den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB unterläge. Die Protagonisten der Gegenansicht haben übersehen, daß der redliche Erwerb als Rechtsgrund oder jedenfalls als Durchgriffsverbot jede bereicherungsrechtliche Abwicklung zwischen dem Alteigentümer und dem Erwerber verhindert. Um ihr Dogma zu verteidigen, dürfte man sich letztendlich nicht scheuen, die dingliche Einigung nach dem Willen des Eigentümers zu interpretieren, unbeschadet der Tatsache, ob der Empfänger dies erkennen konnte oder nicht – angesichts der §§ 133, 157 BGB in ihrer absolut herrschenden Interpretation ein Widerspruch zu allgemein akzeptierten Regeln.

Die Weichen werden also bereits mit der Entscheidung über die Zulässigkeit des redlichen Geheißerwerbs gestellt;<sup>366</sup> sie legt zum einen fest, ob der überlistete Liefere-

<sup>362</sup> BGH NJW 1974, 1132, 1134.

<sup>363</sup> So etwa *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 72; *Mühl*, Festgabe für v. Lübtow S. 563; *Has-sold*, Leistung S. 172 f.; *Hagmann-Lauterbach*, Zusammenhang S. 138; *E. Wolf*, Sachenrecht § 5 B IV d = S. 240; *Wilhelm*, AcP 175, 321; v. *Olshausen*, JZ 1975, 30; *Joerges*, JuS 1975, 519.

<sup>364</sup> BGHZ 40, 272, 279; 56, 228, 242 (für die von der Wertung her parallel liegenden Einbau-fälle); symptomatisch etwa die darauf basierenden Mißverständnisse von *Picker*, NJW 1974, 1792. Die meisten seiner Gegenargumente sind zu entkräften, wenn man fehlendes Abhanden-kommen, verstanden als Zurechnung, als kumulative Erwerbsvoraussetzung einbezieht.

<sup>365</sup> So (in der Reihenfolge des Textes) etwa *Wieling*, JZ 1977, 291; *Reuter/Martinek*, § 4 II 3 c = S. 96 ff.; *Beuthien*, Zweckerreichung S. 291; *Zeiss*, JZ 1963, 10.

<sup>366</sup> MünchKomm/Lieb, § 812, 94 und *Reuter/Martinek*, § 13 I 2 = S. 510 f. müssen daher – gerade aus bereicherungsrechtlicher Sicht konsequent – bereits den Geheißerwerb attackieren – was freilich weder näher ausgeführt wird noch per saldo überzeugt, zudem der Ansicht von *Reuter/Martinek* zum parallel liegenden Idealheimfall widerspricht (vgl. *dies.*, § 12 I 3 b = S. 454 ff.). – *Martinek*, AcP 188, 633 will zwar redlichen Erwerb verneinen, den Empfänger aber schützen, weil der Besitz vom Anweisenden geleistet sei und daher die Kondiktion des Lieferanten wegen des Subsidiaritätsdogmas gesperrt sei: Da an den Empfänger geleistet sei,

rant die Ware beim Empfänger vindizieren kann, strahlt zum anderen auf das Bereicherungsrecht aus. Entgeltlicher redlicher Erwerb, der im Valutaverhältnis durch einen wirksamen Rechtsgrund gedeckt ist, darf nicht durch Rückabwicklung nach den §§ 812 ff. BGB unterlaufen werden; daran ändert weder eine Rubrifizierung als Leistungskondition etwas noch die These, vom Zuwendenden aus gesehen fehle die Zweckbestimmung.<sup>367</sup>

Der Mißgriff in der Ausgangsthese wird durch die verbleibenden Argumente der Kritik am BGH nicht ausgeglichen. Die Frage etwa, was es rechtfertigen könne, eine Person, die in den Zuwendungsvorgang nicht eingeschaltet sei, als Leistenden aufzufassen,<sup>368</sup> beantwortet zum einen der Blick auf eine intakte Anweisung, bei der der Anweisende der Zuwendung selbst fernbleiben kann, zum anderen die Gegenüberstellung mit dem dinglichen Geschäft, das unabhängig davon zustandekommt, daß nach objektiv-normativem Verständnis des Empfängers ein an der Leistungsbeziehung zwischen ihm und dem Anweisenden nicht unmittelbar Beteiligter auftritt. Läßt man eine antizipierte Einigung zu, so kann konsequenterweise auch der scheinbar Anweisende die Leistungsbestimmung aus Sicht des Letztabnehmers vorwegnehmen.<sup>369</sup> Der Tadel, die Doktrin vom Empfängerhorizont zerstöre die vom Gesetz intendierte Kongruenz von Bereicherungsrecht und Gutglaubenserwerb,<sup>370</sup> fällt angesichts seiner Prämisse, gewollt sei eigentlich ein Direkterwerb, dem nur angesichts seines Fehlschlags die Konstruktion eines Durchgangserwerbs substituiert werde,<sup>371</sup> auf den Urheber zurück. Nicht die Leistungsbestimmung beansprucht den Primat, sondern das dingliche Geschäft, das regelmäßig entlang der Rechtsgrundbeziehungen verläuft, das insbesondere nicht wahlweise über Eck und direkt abgeschlossen wird. Nicht derjenige vergewaltigt den Parteiwillen, der ein Kettengeschäft konstruiert, sondern derjenige, der dem Letztabnehmer einen direkten

---

gebe es keine Eingriffskondition des Eigentümers. Dabei übersieht *Martinek* offensichtlich § 985 BGB, der von einem Subsidiaritätsverhältnis nichts weiß. Zur Gänze inkonsequent ist es, wenn *Martinek*, AcP 188, 633 nach einem Verkauf der Sache durch den Besitzer dem Berechtigten über § 816 Abs. 1 S. 1 BGB den Zugriff auf den Erlös gestattet.

<sup>367</sup> Diejenigen, die sich dem verschließen, kommen denn auch in arge Bedrängnis. Wer etwa, wie *v. Olshausen*, JZ 1975, 30; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 70, das Sichtdogma konsequent ablehnt, muß sich der Prüfung einer Direktübertragung zuwenden und sie verneinen. Die weitere Untersuchung, ob gleichzeitig redlicher Erwerb im Wege des Geheißerwerbs vorliege, bricht mit der bisherigen Linie denn auch ab. Der Rekurs auf die Interpretation der Willenserklärungen (*v. Olshausen*, JZ 1975, 30 unter II) läuft nicht nur der eigenen Prämisse diametral zuwider, sondern entlarvt sie auch als irrelevant. Der redliche Erwerb schneidet eine auf das Fehlen einer wirksamen Zuordnung der Leistung in das Valutaverhältnis – gerade daran mangelte es beim Zuwendenden – gestützte Kondition ab.

<sup>368</sup> MünchKomm/Lieb, § 812, 93 unter ergebnisorientierter Hochstilisierung des Zuwendenden zum Leistenden; die zitierte Stelle (§ 812, 50) behandelt das – gesondert zu wertende – Problem der Zurechnung.

<sup>369</sup> Zur Möglichkeit einer antizipierten Leistungsbestimmung vgl. nur *Gernhuber*, Erfüllung § 5 III 3 = S. 110.

<sup>370</sup> *dgen*, Festgabe für Esser S. 71.

<sup>371</sup> *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 72.

Vertrag mit dem Erstlieferanten unterstellen will, obgleich dieser daran für den Normalfall nicht im geringsten interessiert ist.

Daß die Leistungsbestimmung ein Akt der Privatautonomie ist, der dem Leistenden zusteht,<sup>372</sup> wird ernstlich niemand bezweifeln, genausowenig, wie man es für Willenserklärungen als Prototyp privatautonomer Wirkung in Abrede stellen kann, ohne indes damit den Auslegungshorizont zu verschieben. Des Vorrangs des Sachenrechts wegen kann den Parteien auch keine Drittleistung nach § 267 BGB unterstellt werden,<sup>373</sup> würden sie damit doch Widersprüchliches ins Auge fassen: Eine Leistung an den Empfänger, eine Übereignung an den Zwischenmann. Die Zweckbestimmung darf – um es zu rekapitulieren – wegen des aus den §§ 932 ff. BGB abzuleitenden Durchgriffsverbots die Übereignung nicht hintertreiben.<sup>374</sup> Selbstbindung und Verteilung von Insolvenzrisiken können verschiedene Ordnungsaufgaben darstellen,<sup>375</sup> sie können aber, wie der Vertrag als Musterfall der Übernahme des Risikos der Zahlungsunfähigkeit des jeweiligen Partners zeigt, auch koinzidieren. Immerhin rührt ein Großteil der Schwierigkeiten daher, daß der Lieferant entgegen dem Modell des § 320 BGB nicht auf der sofortigen Bezahlung bestanden und nähere Details des Entgelts bei der Lieferung nicht erörtert hatte. Soweit umgekehrt der Empfänger bereits den Kaufpreis entrichtet hatte, wird ihm durch den redlichen Erwerb das mit der Vorleistung verbundene Risiko wieder abgenommen;<sup>376</sup> doch ist das systemkonform, da jeder vorweg Erfüllende die Gefahr nur bis zu dem Zeitpunkt trägt, zu dem er seinerseits die Gegenleistung erhält, die auch in einer erst durch redlichen Erwerb perfekten Verfügung bestehen kann.<sup>377</sup>

Wenn die Gegenansicht schließlich in dem Vorschlag gipfelt, den Empfänger durch die Einwendung des § 818 Abs. 3 BGB abzusichern, die ihm den Abzug des an den Zwischenmann aufgrund der Leistung gezahlten Entgelts gestatte,<sup>378</sup> so flüchtet man

<sup>372</sup> *Larenz*, II § 68 IIIe 2; daß die Leistungsbestimmung nicht empfangsbedürftig und auch nicht zugegangen sei (so *Larenz*, aaO.), ist weder in der einen (ablehnend etwa *Reuter/Martinek*, § 12 I 3 b = S. 454 f.; aus anderen Gründen auch *Hassold*, Leistung S. 159 f.) noch in der anderen Hinsicht überzeugend. Auf die Leistungsbestimmung finden die Regeln der Willenserklärung zumindest analog Anwendung (vgl. die Nachw. in Fn. 365), der Empfänger durfte das Verhalten des Lieferanten auch als Übermittlung der Leistungsbestimmung auffassen, soweit sie nicht ohnehin antizipiert getroffen war.

<sup>373</sup> So jedoch *Weitnauer*, NJW 1979, 2011.

<sup>374</sup> Möglich ist es dagegen, daß trotz direkter Übereignung die Zweckbestimmung entlang der Rechtsgrundverhältnisse erfolgt.

<sup>375</sup> *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 71; ähnlich *Weitnauer*, NJW 1974, 1731; *ders.*, NJW 1979, 2010 (Zurechnung statt Auslegung); ablehnend *Reuter/Martinek*, § 12 I 4 = S. 457.

<sup>376</sup> So der Einwand von *MünchKomm/Lieb*, § 812, 52.

<sup>377</sup> Vgl. oben § 7 I 2 a.

<sup>378</sup> So noch RGZ 98, 64, 65 f.; im Ergebnis auch OLG Hamm MDR 1975, 53, 54 (vgl. dazu aber auch Fn. 386); ferner gewichtige Stimmen in der Literatur; vgl. (wiederum partiell den Bezug auf die wertungsmäßig parallel laufenden Einbaufälle) etwa *Erman/W. Hefermehl*, § 951, 7; *Soergel/Mühl*, § 812, 47; *MünchKomm/Lieb*, § 812, 92; § 818, 62; *ders.*, JZ 1983, 962; *Staudinger/Gursky*, § 951, 11; *Larenz*, II § 68 IIIe 2; *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 72; *G. Hager*, Symposium König S. 176; *Mühl*, Festgabe für v. Lübtow S. 562; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 71; *ders.*, JZ 1962, 282 mit Fn. 14; *Lopau*, JuS 1975, 776; v. *Olshausen*, JZ 1975,

sich nicht nur in einen Notbehelf,<sup>379</sup> sondern stellt allgemein akzeptierte Regeln zur Disposition, weil auf der einen Seite die fast einhellig favorisierte Risikoverteilung untergraben wird, die es dem Bereicherungsschuldner verbietet, Leistungen an Dritte dem Gläubiger entgegenzuhalten – eine Regel, die gerade bei Durchgriffsansprüchen als Fortwirkungsansprüchen aus verlorenem Eigentum stets unterstrichen wird –,<sup>380</sup> weil man sich zudem bei der gemischten Schenkung in kaum überwindbare Schwierigkeiten verstrickt,<sup>381</sup> da letztendlich § 818 Abs. 3 BGB entgegen dem ersten Anschein keinen Deut weiterhilft. Angesichts der unabweisbaren Parallele zwischen den Vindikations- und den Kondiktionsansprüchen, aufgrund der Tatsache, daß die h. L., will sie konsequent bleiben, bereits den redlichen Erwerb mißbilligen muß, hilft § 818 Abs. 3 BGB dem Empfänger nicht, da er definitionsgemäß bei einer Forderung aus § 985 BGB nicht zum Tragen kommt; das heißt nichts anderes, als daß sich allen Bestrebungen der h. L. zum Trotz die Risiken beim Abnehmer kumulieren.

Den Kritikern des BGH sei zugestanden, daß die Rechtsprechung in einzelnen Punkten durchaus Unbehagen hinterläßt; bereits das Sichtdogma ist ein zu grobschlächtiges Kriterium. Wie man bei der Auslegung der dinglichen Einigung nicht ausschließlich das Verständnis des Erklärungsgegners zu Rate ziehen, sondern den Empfängerhorizont lediglich nach objektiv-normativen Regeln berücksichtigen darf, so läßt sich gleichermaßen für die Interpretation der Zweckbestimmung auf diesen ausdifferenzierten Filter nicht verzichten. Nicht wie er das Auftreten des Zuwendenden empfunden hat, sondern wie er es verstehen konnte und durfte, gibt den Ausschlag.<sup>382, 383</sup> So wenig sich zudem § 818 Abs. 3 BGB zum Dreh- und Angel-

---

29; *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 152f. mit Fn. 300; *ders.*, AcP 175, 322 Fn. 60; *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 73 mit Fn. 232 mit dem fehlerhaften Argument, nur bei abhanden gekommenen Sachen könne die vom Dritten erbrachte Leistung nicht abgezogen werden, womit er übersieht, daß dies bei allen anhand der §§ 932 ff. BGB indizierten Durchgriffsfällen so liegt; zögernd v. *Caemmerer*, Festschrift für Dölle S. 161; vorsichtig *Esser*, II\* § 102 II 2. Dabei wird teilweise nicht zwischen Vorleistung und Bezahlung nach Lieferung differenziert. *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 827 schließt sich dieser Ansicht für den Fall mangelnder Zurechnung an, was, da dann auch der Eigentumserwerb scheitert, richtig ist; a. A., obgleich Vertreter der abweichenden Ansicht, *Berg*, JuS 1964, 141; *Joerges*, JuS 1975, 518; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 167; *Picker*, NJW 1974, 1796f. nimmt ein Zurückbehaltungsrecht an.

<sup>379</sup> *Esser/Weyers*, § 48 III 6b.

<sup>380</sup> Vgl. dazu die Nachw. in § 5 Fn. 24; speziell *Wieling*, JZ 1977, 292f. – Der Gegeneinwand von *Staudinger/Gursky*, § 951, 11, das gelte nur bei vindikationsurrogierenden Bereicherungsansprüchen, übersieht, daß § 951 BGB gerade eine solche Forderung ist, schon deshalb, weil eine Übereignung gescheitert wäre (so auch *Staudinger/Gursky*, § 951, 12 a. E.), mißachtet ferner die Tatsache, daß im vorliegenden Zusammenhang konsequenterweise sogar eine Vindikation eröffnet sein muß (vgl. sogleich im Text). – Der Einordnung als Leistungskondiktion Differenzierungskraft beizulegen (so etwa *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 688), vernachlässigt die Wertung zugunsten einer – nicht zwingenden – Konstruktion.

<sup>381</sup> *Esser/Weyers*, § 48 III 6b.

<sup>382</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 360; insoweit berechtigt die Kritik am BGH von *Weitnauer*, NJW 1979, 2010; *ders.*, Festschrift für v. *Caemmerer* S. 278, der indes – den eigenen Grundsätzen untreu werdend – die Leistungskondiktion zulassen will, ein Ergebnis, das sich nicht mit der objektiv-normativen Auslegung absichern läßt.

<sup>383</sup> Dagegen ist es in diesem Kontext eine Frage des guten Glaubens, nicht des Verständnis-

punkt des Interessenausgleichs hochstilisieren ließ,<sup>384</sup> so sehr steckt im Anliegen der Gegenansicht ein richtiger, von der Rechtsprechung zu gering geachteter Kern. In der Tat verzeichnete man die Rechtslage, wäre der Letztabnehmer gegen den Zugriff des bisherigen Eigentümers gefeit, auch wenn er den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, könnte er also nach Aufdeckung der Machenschaften des Zwischenmannes in aller Ruhe noch an diesen leisten. Der Vorwurf an die Adresse der Judikatur, sie überziehe die Begünstigung des Letztkäufers,<sup>385</sup> wäre so entlegen nicht, wollte man an der überkommenen Ansicht für die Festlegung des relevanten Zeitpunkts haften. Macht man sich davon frei, bedarf es keiner weitgehend in der Luft hängenden Interessenabwägung, sondern einer Anpassung der Erwerbsanforderungen, die sich nicht nur nahtlos in die hier entwickelte Konzeption einfügt, sondern sie auch durch die Integration durchweg konsentierter, wenn auch im wesentlichen nicht korrekt angeknüpfter Topoi bestätigt: Wie stets beginnt der Redlichkeitsschutz erst mit Erbringung der Leistung, jedenfalls der ersten Rate.<sup>386</sup> Zu weit geht es jedoch, den vorleistenden Empfänger für alle Zeiten dem Risiko der Rückforderung auszusetzen<sup>387</sup> – ein zwar folgerichtiger Effekt der Heranziehung des § 818 Abs. 3 BGB, da es dann an der Kausalität zwischen der Verfügung und der Entrichtung der Gegenleistung fehlt,<sup>388</sup> indes nur ein weiterer Beleg für die Unrichtigkeit des Ansatzes. Auf die richtige Dimension zurückgeführt, betraf das Wagnis des Empfängers nur den Zeitraum bis zur Übergabe der Sache; lediglich insoweit hat er das Konkursrisiko übernommen, auf die unverzügliche Realisierung seiner Gegenansprüche und die Berufung auf die Erfüllung Zug um Zug verzichtet. Weder § 320 BGB noch die §§ 932 ff. BGB wollen diese Gefahr auf unbegrenzte Dauer erstrecken und sie un-

---

horizontes, wenn dem Empfänger die Täuschung des Anweisenden aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

<sup>384</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 378.

<sup>385</sup> Vgl. etwa *Lopau*, JuS 1975, 776; ähnlich *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 688; *Hagmann-Lauterbach*, Zusammenhang S. 136 f.

<sup>386</sup> Vgl. oben § 5 IV. Konstruktiv geht es hier nicht mehr um eine Restriktion der §§ 932 ff. BGB, sondern um eine analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB; vgl. oben § 6 I 2. – Daher ist OLG Hamm MDR 1975, 53, 54 vom Ergebnis her durchaus richtig; dort fehlte noch die Gegenleistung. – Wie hier im Ergebnis *Wilhelm*, Rechtsverletzung S. 155 Fn. 309; ablehnend dazu *Staudinger/Gursky*, § 951, 12; *Reuter/Martinek*, § 12 II 2 Fn. 42 = S. 460 f. mit wenig zwingenden Argumenten. Entgegen *Reuter/Martinek* hat die Gegenleistung sehr wohl konstituierende Funktion beim Gutgläubensschutz; dies wurde oben § 5 IV 2 nachzuweisen versucht. Daß eine Vorleistung den Zeitpunkt der Redlichkeit vorverlege, wie *Reuter/Martinek* meinen, stimmt deswegen schon nicht, weil es sich um kumulative Voraussetzungen handelt; vor der Verfügung trägt der Erwerber das Risiko der Vorleistung (vgl. oben § 7 I 2 a).

<sup>387</sup> So indes z.B. *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 688; *Meyer*, Dreiecksverhältnis S. 71 f.; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 71; *Lopau*, JuS 1975, 777 linke Spalte oben (der hier fälschlich davon spricht, der Zuwendende nehme dem Empfänger das Vorleistungsrisiko ab; vgl. dazu sogleich im Text); anders *ders.*, JuS 1975, 777 linke Spalte unten, jeweils unter dem Aspekt des § 818 Abs. 3 BGB.

<sup>388</sup> *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 688; *MünchKomm/Lieb*, § 812, 52; *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 71.

kalkulierbar machen; ist der Erwerber im Augenblick der Leistung noch redlich, findet auch das Risiko sein Ende.<sup>389</sup>

(4) Natürlich reicht die anhand des Empfängerhorizonts objektiv-normativ interpretierte Willenserklärung für sich allein nicht zwingend für eine wirksame Einigung aus. Zum einen könnte schon die Zurechnung an den Lieferanten in Frage zu stellen sein,<sup>390</sup> zum anderen lassen sich Zweifel, wie denn umgekehrt dieser das Verhalten des Abnehmers werten dürfe, ob nicht aus seiner Sicht jener sich mit einer Direktübertragung einverstanden erkläre, mit der Folge, daß dann die beiden Erklärungen sich nicht deckten, sondern der Vertrag am Dissens scheiterte,<sup>391</sup> nicht kurzerhand als abwegig beiseite schieben. Beide Gesichtspunkte hängen eng zusammen. Die Auslegung der Annahme orientiert sich am Sinn des Angebots, soweit sie sich auf die bloße, aus sich allein gar nicht verständliche Bestätigung der ersten Willenserklärung beschränkt. So hat auch der Empfänger der Ware keinen Anlaß, hier mehr als sein Einverständnis kundzutun, das seine Bedeutung aus der Offerte schöpft.<sup>392</sup> Der Anbietende darf der Annahme also nur dann einen anderen Inhalt beimessen, wenn die Klammer aufgebrochen ist, ihm die objektiv-normative Bedeutung der eigenen Erklärung nicht zugerechnet werden und sie daher nicht auf diejenige des Gegners ausstrahlen kann.<sup>393</sup> Lassen sich ferner Einigung und Leistungsbeziehungen hier nur nach identischen Direktiven festlegen, so ist der Vorrang des dinglichen Vertrags nur die logische Konsequenz. Sofern er fehlerlos ist, vermag eine Zweckbestimmung, ganz ungeachtet der Schwierigkeiten, wie man sich einen Dissens bei einer einseitigen Willenserklärung vorzustellen habe,<sup>394</sup> dem keinerlei Abbruch mehr zu tun.<sup>395</sup>

<sup>389</sup> Entsprechende Regeln finden Anwendung überall dort, wo die Wertungen der §§ 932 ff. BGB den Ausschlag geben, vorwiegend also in den Einbaufällen. Anders mag es sein, wo die Fehlerquelle beim Anweisenden ihren Ausgang nimmt; vgl. zu all dem auch oben § 7 I 2 b mit Fn. 27 und 28.

<sup>390</sup> Dies wird in der Regel nur unter dem Aspekt der Zurechnung der Leistungsbestimmung untersucht; vgl. dazu sogleich im Text mit Fn. 395.

<sup>391</sup> So etwa *Picker*, NJW 1974, 1794 Fn. 46; v. *Olshausen*, JZ 1975, 30 Fn. 5a; v. *Caemmerer*, Festschrift für Dölle S. 159 unter dem fehlerhaften Aspekt der Leistungsbestimmung; vgl. auch hierzu sogleich im Text mit Fn. 395; noch weiter gehend aber *Weitnauer*, NJW 1974, 1732, 1733; *Kupisch*, Bereicherungsrecht S. 72, 73 Fn. 231; *Zeiss*, AcP 165, 335, die die Zweckbestimmung in die Einigung inkorporieren, was mit dem Abstraktionsprinzip nicht mehr zu vereinbaren ist; ablehnend daher *Flume*, Festschrift für E. Wolf S. 70 Fn. 33; v. *Olshausen*, JZ 1975, 30 Fn. 5a.

<sup>392</sup> *Flume*, II § 34 3; *Medicus*, AT Rdn. 326; *Wieser*, AcP 184, 43 f.

<sup>393</sup> Vgl. *Hassold*, Leistung S. 165 mit Fn. 349: „Art Dissens“. – Die unterschiedlichen Ansätze laufen insoweit auf dasselbe Ergebnis hinaus. Wenn *Larenz*, AT § 19 II a = S. 342 Dissens bejaht, so nur, soweit die Annahmeerklärung nicht zurechenbar ist, wie es in dem von *Larenz* geschilderten Fall zutrifft. Nichts anderes bezweckt die Untersuchung der Verantwortlichkeitssphären durch *Medicus*, AT Rdn. 325 f., bei deren Verneinung *Medicus* (wohl) schon eine Willenserklärung ablehnen will. Das bedeutet keinen Unterschied; das eigentliche Problem liegt in der Ermittlung der Kriterien; vgl. dazu sogleich im Text.

<sup>394</sup> Vgl. zur Rechtsnatur der Leistungsbestimmung oben bei und in Fn. 365.

<sup>395</sup> Diejenigen Vertreter der Literatur, die die Zurechnung verneinen wollen, müßten die Auswirkungen bereits bei der dinglichen Einigung und nicht nur bei der Leistungsbestimmung



Im Brennpunkt stehen sonach Notwendigkeit und Kriterien der Zurechnung, deren Festlegung allerdings stets der Gefahr eines allzu pauschalen Urteils zu erliegen droht, etwa wenn undifferenziert bereits jede Beeinflussung des Empfängerhorizonts durch Dritte als zur Unterbrechung genügend ausgegeben wird.<sup>396</sup> Daß die Risikoabgrenzung damit schwerlich korrekt beschrieben ist, beweist bereits § 123 Abs. 1 BGB. Eine Täuschung steht der Zurechnung und demgemäß der Wirksamkeit einer Willenserklärung nicht im Weg, obgleich auch damit – wenn sie vom Erklärenden unbemerkt bleibt – der Empfängerhorizont geprägt wird, soweit sich die fehlerhafte Vorstellung in einem Erklärungsirrtum niederschlägt, die Vorstellung des Erklärungsgegners also von einem Dritten, vermittelt durch den Offerenten, geformt ist. Wertungsmäßig muß es durchaus nicht notwendig einen Unterschied machen, ob bereits die Willenserklärung durch die Täuschung des Offerenten in eine andere als die gewollte Richtung weist oder ob dies durch eine zusätzliche Beeinflussung des Gegners bewerkstelligt wird.<sup>397</sup>

Die Kontroverse zwischen den Verfechtern einer ausschließlichen Prävalenz des Empfängerhorizonts, der selbstverständlich der Korrektur der §§ 104 ff. BGB unterworfen ist,<sup>398</sup> und denjenigen, die zusätzlich den Begriff der Zurechnung entwickeln,<sup>399</sup> sich dabei aber auf durchaus evidente Punkte wie die Fälschung<sup>400</sup> beschränken wollen, bleibt angesichts der Besonderheit des Geheißerwerbs vom getäuschten Lieferanten weitgehend ohne Gewicht: Haben sich Anweisender und Empfänger antizipiert über die Verfügung verständigt, so büßt der Gedanke der Zurechenbarkeit der Willenserklärung seine Bedeutung ein; der Akzent verlagert sich auf die Zurechenbarkeit der Besitzübertragung und -aufgabe, bei der allerdings nach wie vor die Person des Lieferanten den Ausschlag gibt, bei der aber, wie noch zu zeigen sein wird,<sup>401</sup> die Normen der §§ 104 ff. BGB die Richtung weisen.

Als Vergleich kann erneut der Fall dienen, daß der Getäuschte in Vollzug des

---

veranschaulichen, was in der Regel jedoch versäumt wird; vgl. etwa *Jauernig/Schlechtriem*, § 812 I 5 bbb; v. *Caemmerer*, Festschrift für Dölle S. 162. *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 827 verneint die Zurechnung wegen des Rechtsgedankens des § 119 Abs. 1 BGB; vgl. dazu unten § 7 V 1 c (5); unklar BGH NJW 1974, 1132, 1134, der die Zurechnung beim dinglichen Geschäft, aber unter dem Aspekt der Zweckbestimmung prüft (vgl. auch schon Fn. 390).

<sup>396</sup> So etwa *Köndgen*, Festgabe für Esser S. 71; v. *Caemmerer*, Festschrift für Dölle S. 159; *Canaris*, Festschrift für Larenz I S. 827 Fn. 75; *Esser*, II<sup>4</sup> § 102 II 2; *Holtkamp*, Streckengeschäft S. 48; *Serick*, IV § 54 II 2 b = S. 657 f. unter nicht ganz passender Berufung auf v. *Tuhr*, II I S. 541 Fn. 42; ablehnend *Reuter/Martinek*, § 12 I 3 b = S. 455.

<sup>397</sup> Zu weit gehend unter diesem Aspekt *Larenz*, Auslegung S. 76, der nunmehr AT § 19 II a = S. 341 f. wesentlich restriktiver argumentiert.

<sup>398</sup> So die Mindermeinung; vgl. etwa *Wieser*, AcP 184, 41 mwN.

<sup>399</sup> So die h. M.; etwa *Medicus*, AT Rdn. 325 f.; *Bydlinski*, Privatautonomie S. 159 ff.; *Kramer*, Einigung S. 152 ff., jeweils jedoch für das hier nicht einschlägige Problem des Erklärungsbewußtseins; *Flume*, II § 16 3 c; wohl auch *Larenz*, AT § 19 II a = S. 341 („nur in seltenen Ausnahmefällen“).

<sup>400</sup> Bei der Fälschung dürfte ohnehin schon die adäquate Verursachung fehlen; vgl. etwa *Bydlinski*, Privatautonomie S. 156.

<sup>401</sup> Vgl. unten § 9 II, insbesondere 2 b (3).

vermeintlichen Vertrages mit dem Endabnehmer dem Zwischenmann die Ware übergibt und dieser sie an jenen übereignet. Hier käme wohl niemand auf den Gedanken, dem in die Irre geführten Erstverkäufer seine Übereignungserklärung nicht zuzurechnen: Mag auch der dingliche Vertrag im Deckungsverhältnis mit Rückwirkung entfallen sein, am redlichen Erwerb des Letztabnehmers ändert das nichts. Die §§ 932 ff. BGB sind geradewegs für solche Konflikte konzipiert. Die Divergenz dieser Abwicklungsmodalität zur direkten Zuwendung könnte sich allenfalls in unterschiedlich tragfähigem Rechtsschein ausprägen – auch insoweit hatten sich die Diskrepanzen jedoch als vordergründig und für das Ergebnis peripher entpuppt –, keinesfalls das Zurechnungsmoment abstufen. Jeglicher Ansatzpunkt, die Willenserklärung an mangelnder Zurechnung scheitern zu lassen, ginge verloren, sofern sich die Parteien des Valutaverhältnisses antizipiert geeinigt hatten; der Eigentümer trägt zum Abschluß des dinglichen Vertrages nicht mehr bei als die Übergabe. Das hat nicht nur den Vorteil handfester kodifizierter Kriterien, es entfällt auch die wenig plausible Differenzierung zwischen der Zurechnung der Willenserklärung und der Besitzaufgabe:<sup>402</sup> Nur wenn die Besitzaufgabe nach § 935 Abs. 1 BGB dem Eigentümer nicht zugerechnet werden kann, scheitert der Erwerb, was eine einheitliche Behandlung unabhängig von der gewählten Abwicklungsmodalität garantiert.

(5) Nach überwiegender Ansicht soll der Zuwendende seine Leistungsbestimmung wegen eines Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 Fall 1 BGB anfechten können. Die h.M. versteht dies als konsequente Fortentwicklung der Interpretation nach objektiv-normativen Kriterien,<sup>403</sup> während ihre Gegner wertungsmäßig die am Zuwendenden orientierte Sicht und deren Kompensation durch Abzug der an den Anweisenden erbrachten Gegenleistung absichern.<sup>404</sup> Für den Geheißerwerb ist dies zumindest der falsche Ansatzpunkt;<sup>405</sup> wenn überhaupt, so ist die dingliche Eini-

<sup>402</sup> A. A. Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 49 Fn. 20, allerdings ohne Begründung. Wenn v. Olshausen, JZ 1975, 31 meint, die Bereitschaft des Lieferanten, fremdes Geheiß zu befolgen, sei nicht Bestandteil der Rechtsscheinbasis, sondern eine Frage der Zurechenbarkeit, so widerspricht das nicht nur seiner eigenen Prämisse, Rechtsscheinträger sei die Veranlassung einer Lieferung zusammen mit einem vom Veranlassenden im eigenen Namen geschlossenen Vertrag, er erkennt auch die Abgrenzung: Die Frage der Zurechnung klärt, ob trotz Befolgung der Anweisung als „Rechtsscheinbasis“ die Täuschung den redlichen Erwerb verhindert.

<sup>403</sup> Vgl. z. B. BGHZ 106, 163, 166 ff.; Erman/Hefermehl, § 951, 7 a. E.; Staudinger/Lorenz, § 812, 60; Reuter/Martinek, § 4 II 3 d = S. 101; anders dies., § 12 I 3 b = S. 456; Gernhuber, Erfüllung § 5 III 4 = S. 112; Thomä, JZ 1962, 627; Wieling, JZ 1977, 292, 293, 294; a. A. Zeiss, JZ 1963, 9; Huber, JuS 1970, 516; Serick, IV § 54 II 2 b = S. 658; zweifelnd Flume, JZ 1962, 282; von BGH NJW 1974, 1132, 1133 mangels Anfechtungserklärung noch offengelassen.

<sup>404</sup> Soergel/Mühl, § 812, 47; Staudinger/Gursky, § 951, 11; anders im Ergebnis jedoch Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 49; Larenz, II § 68 III e 2; Canaris, Festschrift für Larenz I S. 827; G. Hager, Symposium König S. 176; Esser, II<sup>4</sup> § 102 II 2; Wilhelm, Rechtsverletzung S. 149; Weitnauer, NJW 1974, 1731; ders., NJW 1979, 2011; ebenso Hassold, Leistung S. 176 zur Absicherung seiner These von der Verantwortlichkeit des Lieferanten aus dem Gedanken der Vertrauenshaftung; skeptisch MünchKommLieb, § 812, 92, 94.

<sup>405</sup> Meyer, Dreiecksverhältnis S. 76 Fn. 94 gegen Wieling, JZ 1977, 295 f.

gung anfechtbar, einer zusätzlichen rückwirkenden Vernichtung der Zweckerklärung bedarf es nicht.

Die gerade nachgezeichneten Parallelen sollten freilich zu denken geben. Weder bei einer antizipierten Einigung noch bei zwei tatsächlich durchgeführten Verfügungen über Eck, auch nicht bei der Übergabe an den Anweisenden als vermeintlichen Vertreter des Empfängers hatte der Angewiesene, mag er noch so arglistig getäuscht sein, den sachenrechtlichen Vertrag im Valutaverhältnis zu Fall bringen können, soweit nur der Empfänger gutgläubig war. Denn der Besitzverlust ist dem Zuwendenden auf jeden Fall zuzurechnen, § 935 Abs. 1 BGB durchkreuzt den Erfolg der Verfügung nicht.<sup>406</sup> Auch insoweit wäre ein Unterschied zu der Fallgestaltung, daß der getäuschte Angewiesene irrig den Zwischenmann in den Erklärungen vertritt, nicht auszumachen. Überdimensionales Gewicht hätte man zudem der Unterscheidung zwischen Boten- und Vertreterstellung beizumessen; nur eigene Willenserklärungen – die den Bevollmächtigten im Vergleich mit dem Boten charakterisieren – können angefochten werden.<sup>407</sup>

So mag man trefflich darüber streiten, ob der Handelnde, der die Erklärung im eigenen Namen abgeben wollte, sie aber im fremden Namen geäußert hat, in sonstigen Fällen, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, zur Anfechtung berechtigt sei;<sup>408</sup> bei einer Täuschung im Streckengeschäft verbietet dies die Wertung der §§ 932 ff. BGB, die Fehler vorangegangener Verträge bis zur Grenze der Zurechnung überspielt.

## 2. Die Veräußerung mit Zustimmung eines Dritten

Nach wie vor will die h.M. den Erfolg einer Veräußerung durch einen erklärtermaßen Nichtberechtigten unter Einverständnis des vermeintlichen Eigentümers dem unmittelbaren oder wenigstens mittelbaren Besitz des zustimmenden Dritten als notwendigem Rechtsscheinträger unterstellen.<sup>409</sup> Ein solches Verlangen ist zum einen mehr oder weniger inhaltsleer, setzt sich zum anderen in Widerspruch zum System der §§ 932 ff. BGB.

### a) Der mittelbare Besitz des Zustimmungenden

Man nehme nur die Definition des mittelbaren Besitzes: Der Wille des unmittelbaren Besitzers, die Sache zeitlich begrenzt zu besitzen,<sup>410</sup> muß sich verbinden mit einem Herausgabeanspruch des Oberbesitzers, dessen Rechtsnatur keinerlei Gewicht zukommt.<sup>411</sup> Mag anfänglich wegen des Fehlens einer Forderung die Besitz-

<sup>406</sup> Vgl. unten § 9 II 2 b (3).

<sup>407</sup> Wegen der Qualifizierung des getäuschten Lieferanten als Boten lehnen *Reuter/Martinek*, § 12 I 3 b = S. 456 die Anfechtung ab; auch bei einer Einstufung als Vertreter stehe das Gestaltungsrecht dem Vertretenen zu (vgl. auch Fn. 408).

<sup>408</sup> Vgl. den Überblick bei MünchKomm/*Thiele*, § 164, 57–59 mit umfangr. Nachw.

<sup>409</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 78.

<sup>410</sup> Vgl. statt aller BGHZ 10, 81, 87; 85, 263, 265; *Staudinger/Bund*, § 868, 14 mwN.

<sup>411</sup> Vgl. nur BGHZ 85, 263, 265; *Staudinger/Bund*, § 868, 13 mwN.

mittlung nicht bestehen oder mangels eines Herausgabeanspruchs nicht gesichert sein, spätestens die tatsächliche Aushändigung der Sache als Ausdruck der Unterwerfung unter den Willen des Zustimmenden beseitigt dieses Manko. Es ist – mit anderen Worten – ohne Einfluß, ob eine Art Treuhandverhältnis<sup>412</sup> als Basis des mittelbaren Besitzes schon existiert oder sich erst in der Übergabe manifestiert. Daß der zustimmende Dritte in einer tatsächlichen Beziehung zu der veräußerten Sache steht – eine vom BGH alternativ genannte Vertrauensbasis<sup>413</sup> –, läßt sich nicht in Zweifel ziehen. Warum sonst sollte der unmittelbare Besitzer ihm Folge leisten? Nach h.M. wäre der Erwerber geschützt, wenn der Auftrag zur Übergabe bereits vor der Verfügung erteilt wurde, nicht dagegen, wenn die Zustimmung zeitlich mit ihr zusammenfällt – eine Differenzierung ohne tragfähigen Grund.

#### b) Die Entbehrlichkeit des mittelbaren Besitzes

Obendrein ist das rigide Postulat des mittelbaren Besitzes verfehlt, weil es sich erneut auf einen Rechtscheinträger beruft, der sich schon in anderen vergleichbaren Problemlagen als unbrauchbar entpuppt hatte; der Hinweis auf das Streckengeschäft möge ausreichen. Verzichtet man dort etwa bei einer Täuschungshandlung des Anweisenden auf dessen Besitz, so verteidigt längst überwundene Positionen, wer auf den Besitz des Zustimmenden als unabdingbare Voraussetzung pocht. Es liest sich denn wie ein nur notdürftig verbrämtes Dementi, wenn der BGH in einem späteren Urteil seine damalige Leitentscheidung nur auf die Frage bezogen wissen will, ob der gute Glaube an das Eigentum eines der Veräußerung zustimmenden Dritten genüge,<sup>414</sup> wobei dieser Aspekt abermals den Kern des Problems verzeichnet. Der formale Unterschied – einmal veräußert der Anweisende, das andere Mal der Besitzer mit seiner Billigung – könnte es vor dem Hintergrund des Besitzes als Legitimationsgrundlage ohnehin nicht rechtfertigen, daß dort der redliche Erwerb gelingt, obgleich in den Täuschungsfällen der Verfügende nicht einmal bei weitherziger Interpretation des Traditionsprinzips als Besitzer ausgewiesen war, hier jedoch fehl-

<sup>412</sup> *Hoche*, NJW 1953, 1506 (= Anm. zu BGHZ 10, 81 ff.); vgl. auch BGHZ 10, 81, 88; BGH LM Nr. 1 zu § 2 Reichsnährstandsauflösungsgesetz, der den Auftrag zur Veräußerung für ausschlaggebend erachtet; ebenso OGHZ 1, 292, 295 (Ermächtigung zur Veräußerung); *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 22 will hier redlichen Erwerb bei früherem, inzwischen aber beendetem mittelbarem Besitz im Hinblick auf die Vermutung des § 1006 Abs. 2 BGB bejahen; iS. des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB habe der Erwerber den Besitz vom zustimmenden Dritten erhalten (S. 23).

<sup>413</sup> BGHZ 10, 81, Leitsatz.

<sup>414</sup> BGHZ 36, 56, 61 unter Distanzierung auch von RGZ 72, 310, 312, auf das sich BGHZ 10, 81, 86 noch ausdrücklich berufen hatte. Der Hinweis auf BGHZ 10, 81, 84 – dort wird die Übergabe durch einen Dritten dem Veräußerer zugerechnet – kann gleichermaßen nicht darüber hinweghelfen, daß der BGH wenig später eben den mittelbaren Besitz des zustimmenden Dritten, der seinerseits nicht Eigentümer war, gefordert hatte. Das sind zwei zu trennende Problemkreise. So kann die Entscheidung BGHZ 10, 81 ff. nicht darauf gestützt werden, der gute Glaube an das Eigentum des der Verfügung Zustimmenden genüge nicht. Wenn er mittelbarer Besitzer ist, will die h.M. das sehr wohl ausreichen lassen; vgl. die Nachw. in Fn. 78.

schlägt. Mit ihrer Formel, der Erwerber dürfe aufgrund der Besitzlage an das Eigentum des Veräußerers glauben, von ihm aus gesehen übe nicht nur derjenige die tatsächliche Gewalt über die Sache iS. des § 854 BGB aus, der sie selbst dem Erwerber aushändige, sondern auch derjenige, auf dessen Weisung die Sache dem Erwerber durch einen Dritten übertragen werde, in beiden Fällen brauche und verdiene der Erwerber Schutz,<sup>415</sup> wendet sich die Rechtsprechung vom Besitz als Rechtscheinträger endgültig ab; der BGH paraphrasiert bis in die Einzelheit des Wortlauts die Merkmale der Besitzverschaffungsmacht. Daß er sich dabei ungeachtet der zum Geheißerwerb geübten Kritik<sup>416</sup> auf dem richtigen Weg befindet, verdeutlicht einmal mehr § 934 Fall 2 BGB. Gelingt redlicher Erwerb, wenn der Erwerber auf Veranlassung des angeblich materiell Berechtigten den Besitz erhält, so nicht nur, wenn dieser selbst veräußert, sondern auch, wenn er der Übereignung eines Dritten zustimmt: Die behauptete Rechtszuständigkeit hat sich hinreichend bewährt.<sup>417</sup>

### 3. Die Aneignungsgestattung gemäß § 957 BGB

Mehr im Lehrbuch denn als praktisches Problem hat das von *Cosack* geprägte Beispiel des Till Eulenspiegel im Weinberg Karriere gemacht. Der auf der Mauer eines fremden Weinbergs sitzende Spaßvogel lädt vorübergehende Passanten dazu ein, nach Herzenslust Trauben zu pflücken; er habe schließlich deren genug.<sup>418</sup>

#### a) Die Einordnung in die §§ 932 ff. BGB

Nach anfänglichem Schwanken interpretiert die h.M. die Gestattung als Sonderfall des redlichen Erwerbs.<sup>419</sup> Er setze eine objektive Rechtsscheinbasis voraus, im Mobiliarsachenrecht eben den Besitz, weshalb § 957 BGB durch dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal zu ergänzen sei<sup>420</sup> und regelmäßiger Dritte als Nichtbe-

<sup>415</sup> BGHZ 36, 56, 61.

<sup>416</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 345, wobei die Kritiker allerdings nur teilweise den fehlenden Besitz rügen; so etwa v. Caemmerer, JZ 1963, 588; Lopau, JuS 1975, 775.

<sup>417</sup> Randkorrekturen sind wie bei § 854 Abs. 2 BGB über den Begriff der Zurechnung, gegebenenfalls auch über den Maßstab der Redlichkeit vorzunehmen.

<sup>418</sup> *Cosack*, II<sup>5</sup> § 208 II 2b Beisp. IV.

<sup>419</sup> Vgl. etwa *Erman/Hefermehl*, § 957, 1; *Staudinger/Gursky*, § 957, 3; *Planck/Brodmann*, § 957, 1; *Valentin*, Gutgläubensschutz S. 26f.; ähnlich *RGRK/Pikart*, § 957, 1; *Baur*, § 53 e VI 1b, die nur einen Vergleich mit den §§ 932 ff. BGB ziehen; vgl. zur früheren Ansicht die Nachw. bei *Soergel/Mühl*, § 957, 2; *Staudinger/Gursky*, § 957, 2; *Hellmann*, DR 1901, 417ff.

Das wird auch von jenen befürwortet, die der Aneignungstheorie anhängen; vgl. etwa RGZ 108, 269, 271; *Soergel/Mühl*, § 957, 1; *Staudinger/Gursky*, § 956, 7 iVm. § 957, 3; *Heck*, Sachenrecht § 64, 7; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 55.

<sup>420</sup> RGZ 108, 269, 271 f.; RG DR 1927 Nr. 612; OLG München OLGE 26, 1, 2; *Jauernig*, § 957, 1; *Palandt/Bassenge*, § 957, 1; *Erman/Hefermehl*, § 957, 1; *AK/Joerges*, § 957, 1; *RGRK/Pikart*, § 957, 2; *Soergel/Mühl*, § 957, 2; *MünchKomm/Quack*, § 957, 3; *Staudinger/Gursky*, § 957, 3 mwN.; *Planck/Brodmann*, § 957, 1; *Baur*, § 53 e VI 1b; *Wolff/Raiser*, § 77 IV 5b; *Heck*, Sachenrecht § 63, 7; *K. Müller*, Rdn. 2737; *E. Wolf*, Sachenrecht § 4 J III c 3 kk = S. 214; *Schwab*, Sachenrecht § 38 V 2b; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 54; *Wiegand*, JuS 1974, 551; v. *Jacubezky*, DR 1902, 5; *Hellmann*, DR 1901, 421; später auch *Cosack*, II<sup>5</sup>

sitzer redlichen Erwerb nicht vermitteln könne.<sup>421</sup> Das Argument der h. A., § 957 BGB beziehe sich auf § 956 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB und deute so die Notwendigkeit des Besitzes des Überlassenden an, nur dann könne es nämlich zu einer Überlassung des Besitzes kommen,<sup>422</sup> widerlegt sich selbst, liest man § 957 BGB nur zu Ende. Die Vorschrift greift gleichermaßen § 956 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB auf, der auf derivativen Erwerb des Besitzes verzichtet.<sup>423</sup> Bei Gestattung durch einen Besitzdiener im eigenen Namen verschiebt denn auch ein Teil der Lehre in höchst aufschlußreicher Weise den Akzent. Mit der Überlassung der Sache schwinde sich der Besitzdiener für einen flüchtigen Augenblick zum Besitzer auf und nehme dadurch kurzfristig die erforderliche Rechtsposition ein; den Erwerb hindere ein analog zu Rate zu ziehender § 935 Abs. 1 BGB.<sup>424</sup>

b) Die Entbehrlichkeit des Besitzes und die Korrektur durch das Erfordernis der Zurechnung

Eine solche Kehrtwendung illustriert das brüchige Fundament der h. M. Natürlich kann man Besitz durch Unterschlagung oder Diebstahl begründen, doch ließe sich mit demselben Recht eine „Aufschwunglehre“, die zumindest vorübergehend den Besitz des Gestattenden und eine die Gestattung legitimierende Rechtsposition nach sich zöge, bei jedweder Gestattung durch einen Nichtberechtigten unterstellen. Der Besitz als Vertrauensbasis wird damit seiner Funktion restlos entkleidet, er geht nicht weiter als die Besitzverschaffungsmacht. Zu befürchten, damit belaste man den Eigentümer übermäßig, entbehrt schon wegen § 935 Abs. 1 BGB hinreichender Grundlage.<sup>425</sup> Die Norm schließt regelmäßig redlichen Erwerb aus, gibt zudem eine subtilere Nuancierung der einzelnen Zurechnungskriterien an die Hand. So kann ein Besitzdiener, jedenfalls sofern er mit Vertretungsmacht ausgestattet ist, gestützt auf die §§ 932 ff. BGB über die Sache verfügen, ohne daß man einen selbst ins System der h. M. nur schwer passenden Rechtsscheinträger zu fingieren hätte.<sup>426</sup>

---

§ 208 II 2b Beisp. IV im Gegensatz zu II<sup>2</sup> § 204 IV 2; skeptisch *Westermann*, § 57 III 4b, dessen Hinweis auf § 955 BGB nicht greift, da es dort um eine eher der Ersitzung vergleichbare Regelung geht.

<sup>421</sup> *Palandt/Bassenge*, § 957, 1; *RGRK/Pikart*, § 957, 2; *Staudinger/Gursky*, § 957, 3; *Baur*, § 53e VI 1b; *Wolff/Raiser*, § 77 IV 5b; *Schwab*, Sachenrecht § 38 V 2b; *Wiegand*, JuS 1974, 551; v. *Jacubezky*, DR 1902, 5.

<sup>422</sup> *Staudinger/Gursky*, § 957, 3; v. *Jacubezky*, DR 1902, 5.

<sup>423</sup> Es genügt eben einseitige Besitzergreifung; vgl. nur *Baur*, § 53e V 1b; zur entsprechenden Anwendung des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB (so etwa *Staudinger/Gursky*, § 957, 4) siehe sogleich unten § 7 V 4.

<sup>424</sup> *Staudinger/Gursky*, § 957, 4; v. *Jacubezky*, DR 1902, 5; wohl auch *Planck/Brodmann*, § 957, 1 a. E., der auf die Übertragung des Besitzes abhebt; a. A. z. B. *Biermann*, § 957, 1 vor a, der indes zur Aufschwunglehre keine Stellung bezieht.

<sup>425</sup> Ob der Gestattende darüber hinaus einen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft begeht, soll mit Blick auf die bekannten Streitfragen um das Tatbestandsmerkmal „sich zueignen“ (Überblick bei *Schönke/Schröder/Eser*, § 242, 56f.) hier nicht entschieden werden; dem Eigentümer ist die Gestattung jedenfalls nach § 935 Abs. 1 BGB nicht zuzurechnen, soweit nicht aus den Regeln der (Schein-)Vollmacht Ausnahmen folgen.

<sup>426</sup> Vgl. dazu genauer unten § 9 II 5.

#### 4. Die antizipierte Übergabe – § 932 Abs. 1 S. 2 BGB

Spätestens § 932 Abs. 1 S. 2 BGB wirkt wie die ausdrückliche gesetzliche Absage an das Konzept der Besitzverschaffungsmacht. Offenbar unmißverständlich knüpft der Wortlaut an den Besitz als Rechtsscheinträger an, zeigt sich als, wenn auch etwas versteckt platzierter Garant der h.M., die – auf den ersten Blick nur gesetzestreu – den unmittelbaren oder wenigstens mittelbaren Besitz des Veräußerers im Augenblick einer der Übereignung vorgezogenen Aushändigung der Sache als unerlässlich ausgibt,<sup>427</sup> freilich mit der Ergänzung, es sei ausreichend, wenn der Veräußerer früher Besitzer gewesen sei und der wahre Berechtigte später nicht mehr besessen habe.<sup>428</sup>

##### a) Die Entbehrlichkeit des früheren Besitzes des Verfügenden

Um mit dem letzten Punkt zu beginnen: Die Legitimationskraft eines ehemaligen Besitzes bleibt dürftig, namentlich wenn sie durch eine zwischenzeitliche, auch vorübergehende Rückgabe an den wahren Eigentümer, die für den Erwerber keineswegs manifest zu sein braucht, unterbrochen wird. § 1006 Abs. 2 BGB<sup>429</sup> begrenzt zwar die Vermutungswirkung entgegen dem verunglückten Wortlaut nicht auf die Besitzdauer, sondern räumt nur der Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB den Vorrang ein,<sup>430</sup> die allerdings wegen der hier möglichen Widerlegung späteren Eigentumserwerbs praktisch kaum zum Tragen kommt; die Norm hilft jedoch angesichts der bereits erörterten Vorbehalte als Legitimationsbasis nicht weiter.<sup>431</sup> In Wahrheit sieht man mit der Erweiterung von einem verlässlichen Rechtsschein als Bedingung des redlichen Erwerbs bereits ab.

<sup>427</sup> RGZ 72, 309, 312; RG WarnR 1929 Nr. 182 = S. 336, 338; BGHZ 56, 123, 129, 130; *Jauernig*, § 932 II 4; *Palandt/Bassenge*, § 932, 2b; *Soergel/Mühl*, § 932, 7; *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 932, 36; *Baur*, § 52 II 2; *K. Müller*, Rdn. 2399, der indes unter Berufung auf OLG München NJW 1957, 875 den Fall gleichstellt, daß dem Erwerber der Besitz auf Veranlassung des Veräußerers eingeräumt wurde; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 21; *Gerhardt*, Mobilarsachenrecht § 12, 2b = S. 95; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 74; *Wieser*, JuS 1972, 569; *Wiegand*, JuS 1974, 203; uneinheitlich *Erman/A. Schmidt*, § 932, 3; RGRK/*Pikart*, § 932, 68 einerseits, 69 unter Berufung auf RG vom 4. 10. 1932 VII 22/32 andererseits; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2b, die daneben auch Veranlassung genügen lassen; a. A. OLG München NJW 1957, 875, 876; MünchKomm/*Quack*, § 932, 68; *Westermann*, § 47 I 2 (nicht ganz eindeutig *ders.*, § 39 V), die die Besitzverschaffungsmacht für ausreichend halten. Ebenso für § 957 BGB, wenn die Besitzüberlassung der Gestattung voranging, RGRK/*Pikart*, § 957, 2; *Hellmann*, DR 1901, 419; v. *Jacubezky*, DR 1902, 5.

<sup>428</sup> *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 932, 36; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2b; *Wiegand*, JuS 1974, 203; a. A. *Planck/Brodmann*, vor §§ 932–935, 4; ablehnend auch *Wieser*, JuS 1972, 569; *Lange*, Sachenrecht S. 199 Fn. 14, die mittelbaren Besitz des verfügenden Nichteigentümers postulieren; kritisch *Pawlowski*, Rechtsbesitz S. 27 f., da kein Rechtsschein vorliege.

<sup>429</sup> Auf den sich aber für den parallelen Fall – Veräußerung mit Zustimmung des früheren Besitzers – *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 22 f. beruft; a. A. *Wieser*, JuS 1972, 569 Fn. 15.

<sup>430</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Gursky*, § 1006, 13 mit umfangr. Nachw.

<sup>431</sup> Vgl. dazu oben § 7 II 1b und c.

Ähnlich deutlich liegen auch die weiteren Bedenken auf der Hand. Lockert man beim Geheißerwerb das Traditionsprinzip, bescheidet man sich bei Übereignung durch einen augenfälligen Nichtberechtigten mit der Zustimmung eines Dritten, der seinerseits nicht mittelbar besessen haben muß, so wäre ein kompromißloses Beharren auf früherem Besitz des Veräußerers mit solch offeneren Maximen kaum in Einklang zu bringen. Dem steht auch der Wortlaut des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB weniger im Weg, als es anfänglich scheinen mag. Eine Sicht, die bei § 932 Abs. 1 S. 1 BGB Übergabe auf Geheiß als hinlänglich begreift, strahlt auch auf § 932 Abs. 1 S. 2 BGB aus. Der Veräußerer muß dem Erwerber den Besitz einmal verschafft, ihn aber nicht notwendigerweise selbst ausgeübt haben.

Nur diese Interpretation harmoniert mit § 934 Fall 2 BGB, bei dem, spiegelbildlich zu § 932 Abs. 1 S. 2 BGB, die Besitzverschaffung der Einigung nachfolgt. Der in Einzelfällen ohnehin schwierigen und strittigen Abgrenzung<sup>432</sup> würde ein übertriebenes Gewicht beigemessen, sollte sich wirklich das Schicksal des Erwerbs daran entscheiden. Man geriete nicht zuletzt in Widerspruch zur Funktion des § 929 S. 2 BGB selbst, der zu verdeutlichen hat, daß die Übergabe der dinglichen Einigung vorangehen kann, und den der BGH in dem Satz resümiert, er stelle keinen selbständigen Erwerbstatbestand dar, lasse es vielmehr bei den §§ 933 f. BGB bewenden, wenn die Übergabe durch ein Surrogat ersetzt werde.<sup>433</sup> Eine abweichende Lesart hätte zur Folge, daß die nach Einigung erfolgte Anweisung, den Besitz zu überlassen, anders zu gewichten wäre als eine nachträglich vom Aushändigenden eingeholte Genehmigung der Besitzübergabe. An der Wertung des § 934 Fall 2 BGB führt indes kein Weg vorbei. Hat der spätere Veräußerer dem Erwerber den Besitz bereits verschafft, bevor sich beide über die Verfügung verständigt hatten, so spielt es keine Rolle, ob er selbst die Sache je besessen hatte; wie beim Geheißerwerb glückt redlicher Erwerb, selbst wenn sich der wahre Eigentümer aufgrund einer Irreführung zur Übergabe entschloß, die in einen späteren Vertrag des Empfängers mit dem Täuschenden eingebunden war.<sup>434</sup>

#### b) Das Erfordernis der Besitzverschaffung

Während der Besitz des Verfügenden kein Gewicht hat, darf man auf die Besitzverschaffungsmacht selbst nicht verzichten. Natürlich kann ein beliebiger Dritter, der etwa an der Übergabe anläßlich eines Mietvertrages nicht beteiligt war, auch dann nicht wirksam die Sache an den Mieter veräußern, wenn dieser ihn irrig für den

---

<sup>432</sup> Die vorwiegend bei Weisung des angeblichen mittelbaren Besitzers an den Inhaber der unmittelbaren Gewalt, mit einem Dritten ein Besitzmittlungsverhältnis einzugehen, von Bedeutung ist. Die wohl h. M. subsumiert diese Konstellation unter die §§ 929, 932 BGB (etwa *Tiedtke*, WM 1979, 1144 f.), die abweichende Ansicht unter die §§ 931, 934 BGB (etwa *Hager*, WM 1980, 666 f.). Die Kontroverse setzt sich bei vorgezogenem Geheiß fort.

<sup>433</sup> BGHZ 56, 123, 130 f. – Das soll nicht heißen, daß auch das undifferenzierte Erfordernis vollständiger Besitzübergabe Beifall verdient; vgl. dazu unten § 8 II 1 b.

<sup>434</sup> Vgl. schon oben § 7 V 1 c.



Eigentümer hält; darin hat die h.M. vom Ergebnis her durchaus recht.<sup>435</sup> Hinreichend ausgewiesen ist er dagegen, sofern der Besitz mit seiner Zustimmung oder auf seine Weisung hin übergeben war, ferner soweit er, vom ehemaligen unmittelbaren Besitzer als Eigentümer benannt, die Aushändigung genehmigt;<sup>436</sup> hier hatte sich dieser, obgleich nachträglich, den Anordnungen des vermeintlich Berechtigten unterworfen. Schließlich ist den Anforderungen Genüge getan, falls der Veräußerer als mittelbarer Besitzer seinem Partner die tatsächliche Gewalt belassen hatte.<sup>437</sup>

### c) Die Zustimmung zur Verfügung eines Dritten

§ 932 Abs. 1 S. 2 BGB klärt in seinem originären Wirkungskreis nur das Schicksal von Verfügungen, die der Nichtberechtigte im eigenen Namen trifft. Dem ist jedoch seine Zustimmung zu Veräußerungen Dritter gleichzustellen. Die Forderung mittelbaren Besitzes<sup>438</sup> engt den gebotenen Anwendungsbereich übermäßig ein, ebenso das Verlangen, der Zustimmende müsse die Sache früher besessen haben,<sup>439</sup> oder das noch umfassendere Postulat, der Erwerber müsse sie – anscheinend ohne die Möglichkeit weiterer Besitzstufung – von ihm erlangt haben.<sup>440</sup> Der Vorbehalt, der Besitz müsse auf Weisung bzw. mit Billigung des Nichtberechtigten überlassen sein,

<sup>435</sup> Vgl. nur RGRK/Pikart, § 932, 69; *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 932, 36; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2b; *Wieser*, JuS 1972, 569.

<sup>436</sup> A. A. RGRK/Pikart, § 932, 69.

<sup>437</sup> Abzulehnen ist daher RG WarnR 1929 Nr. 182 = S. 336, 338; zustimmend jedoch RGRK/Pikart, § 932, 69. Dort war der Besitz von einem Dritten eingeräumt worden, die über einige Stationen laufende Übereignung an den Pfandrechtsbesteller fehlgeschlagen. Nach Auffassung des RG scheiterte hier das Pfandrecht an der mangelnden Besitzüberlassung durch den Schuldner der zu sichernden Forderung. Das überzeugt nicht: Mit der weiteren Belassung des Besitzes hat der Besteller seine Befugnis manifestiert. – *Roussos*, Jura 1987, 409f. will § 932 Abs. 1 S. 2 BGB nur zum Zuge kommen lassen, wenn der Erwerber den Besitz noch vom Veräußerer ableite. Das sei der Fall, wenn die Sache in fortlaufender Linie vom Veräußerer an weitere mittelbare Besitzer, letztendlich an den unmittelbaren Besitzer weitergegeben worden sei und nun veräußert werde; durch einen Rücklauf – etwa die Verwahrung der Sache bei einem bisherigen mittelbaren Besitzer – werde die Besitzableitung jedoch unterbrochen. Das leuchtet nicht ein. Der angebliche Unterschied zwischen Vor- und Rücklauf und die darauf gestützte Differenzierung in den Rechtsfolgen sind nicht plausibel; für die Übereignung macht es doch keinen Unterschied, ob der frühere unmittelbare Besitzer die Sache etwa an einen Mieter weitergegeben, inzwischen zur Verwahrung (dann nach *Roussos* kein redlicher Erwerb) oder wegen Ende der Mietzeit zurückgehalten hatte (dann ist nach *Roussos* redlicher Erwerb möglich) oder die Sache nie weitergegeben war (dann ist nach *Roussos* ebenfalls redlicher Erwerb möglich).

<sup>438</sup> So etwa BGHZ 10, 81, 86; OLG Stuttgart MDR 1953, 42, 43; *Palandt/Bassenge*, § 932, 2c; *Baur*, § 52 II 2; *Hoche*, NJW 1953, 1506; wohl auch *Wiegand*, JuS 1974, 203; uneinheitlich *Jauernig*, § 932 II 3 a cc im Gegensatz zu § 932 II 4, wo Erlangen vom Veräußerer für genügend angesehen wird.

<sup>439</sup> BGH LM Nr. 6 zu § 932 BGB (auch mittelbarer Besitz ausreichend); OLG Stuttgart MDR 1953, 42, 43; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 22.

<sup>440</sup> BGHZ 56, 123, 129; BGH LM Nr. 6 zu § 932 BGB; *Palandt/Bassenge*, § 932, 2c; *Soergel/Mühl*, § 932, 7; unentschieden *Wieser*, JuS 1972, 569; weiter RGRK/Pikart, § 932, 68: Der Erwerber muß den Besitz auf einen Dritten zurückführen können.

wird davon natürlich nicht tangiert. Hatte sich bei einer der Einigung nachfolgenden Übergabe die Besitzverschaffungsmacht als hinreichende Rechtfertigung entpuppt,<sup>441</sup> so lassen sich bei einem Verfahren, in dem lediglich die einzelnen Stadien zeitlich vertauscht sind, keine aussagekräftigen Kriterien für das umgekehrte Resultat finden. Man vermeidet damit nicht nur Unstimmigkeiten zwischen vorgezogener und nachgeschalteter Übergabe, man behandelt auch – ihrer anerkannten parallel laufenden Funktion entsprechend – die Veräußerung im eigenen Namen gleich mit der Zustimmung zu fremder Verfügung.<sup>442</sup>

#### 5. Der gesetzliche Erwerb

Gesetzlicher und redlicher Erwerb stehen sich – wie gezeigt<sup>443</sup> – nicht unverträglich gegenüber. Bezwecken etwa die §§ 647, 401 BGB zum wenigsten die Entlastung der Parteien, gewährleisten andere Vorschriften wie § 6 KAGG einen von den Kontrahenten nicht abdingbaren Schutz eines Partners, dann unterläuft eine undifferenzierte Verweigerung des Verkehrsschutzes die Zielsetzung der Normen. Offen sind dagegen noch die Anforderungen an das Vollzugselement.

##### a) Das gesetzlich geregelte Übergabeerfordernis (§ 647 BGB)

§ 647 BGB klärt die Frage mit wünschenswerter Deutlichkeit. Die Sache muß bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung in den Besitz des Unternehmers gelangt sein. Freilich stützt der BGH sein abschlägiges Votum zum redlichen Erwerb des gesetzlichen Unternehmerpfandrechts nicht zuletzt auf den Hinweis, weder der Besitz des Bestellers<sup>444</sup> noch die Besitzerlangung des Unternehmers<sup>445</sup> taue als Rechtsscheinbasis.

Die Argumentation ist seltsam genug. Niemals hatte die traditionelle Sicht den Besitz derart verabsolutiert, zumal sie ihn damit zwangsläufig nicht nur für den gesetzlichen, sondern auch für den rechtsgeschäftlichen Erwerb entwertet hätte; die Übergabe im Rahmen der Verfügung bleibt unverzichtbar.<sup>446</sup> Wenn der BGH auf

<sup>441</sup> Vgl. oben § 7 V 2; vgl. auch *Westermann*, § 46, 2 a.

<sup>442</sup> Es sind also vier Problemgruppen zu unterscheiden:

- a) Der Nichtberechtigte verfügt im eigenen Namen; der Erwerber erhält anschließend den Besitz (behandelt unter § 7 III).
- b) Der angebliche Eigentümer stimmt der Verfügung eines Dritten, ebenfalls Nichtberechtigten, zu (behandelt unter § 7 V 2).
- c) Wie a); der Erwerber hatte den Besitz bereits früher erlangt (behandelt unter § 7 V 4 a, b).
- d) Wie b); der Erwerber hatte den Besitz bereits früher erlangt (behandelt unter § 7 V 4 c).

<sup>443</sup> Vgl. oben § 5 II.

<sup>444</sup> BGHZ 34, 153, 158; wegen durchgängiger Vorbehalte gegen den Besitz als Rechtsscheinträger auch *Henke*, AcP 161, 24 f.

<sup>445</sup> BGHZ 34, 153, 157 f.; OLG Köln NJW 1968, 304; gegen die Legitimationskraft der Besitzverschaffung beim gesetzlichen Erwerb auch *Planck/Flad*, § 1257, 3 a; *Henke*, AcP 161, 25; *Wiegand*, JuS 1974, 547; a. A. *Westermann*, § 133 I; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 164 f.; *Frohn*, AcP 161, 37 ff.

<sup>446</sup> Darauf weisen *Raiser*, JZ 1961, 285 f. und *Berg*, JuS 1970, 13 hin.

das gesetzliche Einbringungspfandrecht verweist, das trotz des Besitzes des Schuldners keinen redlichen Erwerb kenne,<sup>447</sup> so ist das Beispiel trotz des korrekten Ergebnisses schief, da auch eine ausdrückliche rechtsgeschäftliche Verfügung des Schuldners an § 933 BGB scheitert<sup>448</sup> – einerlei, ob die Vorschrift aus dem fortdauernden Besitz des Schuldners oder dem Herausgabeanspruch des tatsächlich Berechtigten zu erklären ist.

Eine Begründung für die fehlende Eignung der Besitzverschaffungsmacht sucht man vergeblich. Bezeichnenderweise weicht der BGH sogleich auf den Gedanken aus, redlicher Erwerb setze eine rechtsgeschäftliche Einigung voraus,<sup>449</sup> und kehrt so an den Ausgangspunkt seiner Beweiskette zurück. Löst man sich von dieser durch das Resultat diktierten Perspektive, so paßt sich § 647 BGB nahtlos in das System des redlichen Erwerbs ein und bekräftigt das Konzept der Besitzverschaffungsmacht. Der Vergleich zu einem rechtsgeschäftlich bestellten Pfandrecht, das seinerseits an die Übergabe gebunden ist, verdeutlicht die Funktion des § 647 BGB. Der gesetzliche Erwerb substituiert nur die dingliche Einigung, beläßt es aber bei den sonstigen Erfordernissen, insbesondere dem Moment der Übergabe.<sup>450, 451</sup>

#### b) Redlicher Erwerb ohne Vollzugsmoment (§ 1250 BGB)?

Gerade davon scheint § 1250 BGB – er sei hier exemplarisch diskutiert – abzusehen, da die gesicherte Forderung das Pfand mitzieht. Zwei Folgerungen bieten sich auf den ersten Blick an. Einmal, den redlichen Erwerb mangels Erfüllung des Traditionsprinzips mißlingen zu lassen, oder aber auf die Übergabe gänzlich zu verzichten.

(1) Die überwiegende Ansicht schließt sich der ersten Alternative an. Soweit man nicht bereits wegen der Tatsache des gesetzlichen Erwerbs als solchem den Gutgläubensschutz negiert, sieht man das Traditionserfordernis nicht gewährleistet. Mit Abtretung der gesicherten Forderung gehe das Pfandrecht unabhängig von der Aus-

<sup>447</sup> BGHZ 34, 153, 158 unter Bezugnahme auf *Münzel*, MDR 1952, 645.

<sup>448</sup> Das verkennt *Münzel*, MDR 1952, 645, wenn er die Einbringung, die dem Gläubiger nur mittelbaren Besitz verschafft bzw. den Herausgabeanspruch des Berechtigten unberührt läßt, mit der Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf eine Stufe stellt.

<sup>449</sup> BGHZ 34, 153, 158.

<sup>450</sup> Die Zufälligkeit, ob die Sache in den Besitz des Werkunternehmers kommt oder nicht, aus der *Münzel*, NJW 1961, 1236 ein Argument gegen den gesetzlichen Erwerb gewinnen will, spiegelt nur den Normalfall wider: Auch ein – in AGB vereinbartes – rechtsgeschäftliches Pfandrecht setzt die Erlangung des Besitzes voraus.

<sup>451</sup> Wie § 647 BGB sind etwa die Fälle der dinglichen Surrogation zu behandeln, soweit der Erwerber den Besitz bekommt, also etwa die §§ 1075 Abs. 1, 1287 S. 1 BGB. – Auch § 18 Abs. 3 DepotG steht redlichem Erwerb nicht im Weg (a. A. *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1972, der den Empfänger aber schützen will, sobald die Papiere übergeben werden oder die Voraussetzungen des § 934 BGB vorliegen). Der Zeitpunkt hängt von zwei Dingen ab: Zum einen, ob der Herausgabeanspruch erst mit Zugang des Stückverzeichnisses entsteht oder darauf nach § 151 BGB bzw. § 18 Abs. 3 DepotG analog verzichtet werden kann, zum anderen, ob der bislang Berechtigte noch Inhaber eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs ist (vgl. dazu unten § 8 II 1 c, d (1)).

händigung der Sache ipso iure über; darin liege – und hierin sei der Unterschied etwa zu § 1154 Abs. 1 BGB auszumachen – kein hinlängliches Vollzugsmoment.<sup>452</sup>

Der Gegenschluß zu § 1154 Abs. 1 BGB ist indes durchaus heikel. Davon zu sprechen, die Zession werde dort sachenrechtlichen Regeln unterstellt, spiegelt die Konstruktion zumindest nicht präzise wider, weil – selbst dem Wortlaut des § 1154 Abs. 3 BGB nach, der eine nur *entsprechende* Anwendung der §§ 873, 878 BGB statuiert – die obligatorische Forderung nach den §§ 398 ff. BGB zediert wird.<sup>453</sup> So käme wohl niemand auf den von der Zuordnung des Übertragungsakts zum Immobiliarsachenrecht her an sich folgerichtigen Gedanken, die Abtretung des schuldrechtlichen Anspruchs dem Gutgläubensschutz des § 892 BGB zu unterstellen.<sup>454</sup> § 1154 BGB bindet vielmehr die Abtretung nur an bestimmte Formen, die Hypothek selbst wird nach § 401 BGB – durch § 1153 Abs. 2 BGB vom dispositiven zum zwingenden Recht verschärft – von der zedierten Forderung nachgezogen. Schon deshalb verliert die Bemerkung in den Motiven, wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechts betreffe der Veräußerungsakt nur die Forderung, ein nicht bestehendes Pfandrecht könne ihr nicht folgen,<sup>455</sup> ihre Überzeugungskraft: Da er das Hypothekenrecht parallel geregelt, dort aber redlichen Erwerb gestattet hat, hält ganz offensichtlich der Gesetzgeber seine eigenen Prämissen nicht durch.

Tatsächlich läßt sich die Diskrepanz zwischen § 1250 BGB und § 1154 BGB anders deuten als durch eine pauschale Ablehnung der Zulässigkeit redlichen Erwerbs des Pfandrechts. Die strenge Akzessorietät setzt sich gegenüber dem Traditionsprinzip durch – schon um Probleme einer Divergenz abzuwenden.<sup>456</sup> Mag es im Grundstücksrecht auch nicht angehen, dingliche Rechte durch bloßen Konsens weiterzuleiten, sich so das Formerfordernis des § 1154 BGB angesichts der wirtschaftlich im Vordergrund stehenden Hypothek<sup>457</sup> erklären, so könnte das angesichts der §§ 930 f. BGB ohnehin aufgelockerte Traditionsprinzip bei beweglichen Sachen weder einen Warneffekt an den Tag legen noch das Offenkundigkeitsbedürfnis befriedigen, wie schon das eng verwandte Sicherungseigentum illustriert. Der Verzicht auf die Aushändigung beim Erwerb vom Berechtigten stärkt überdies die Position des Zessionars. Nicht nur schuldrechtlich, sondern auch dinglich ist er gemäß § 1251 BGB befugt, sein Recht durchzusetzen, was insbesondere im Konkurs des Zedenten zu einer nicht geringzuschätzenden Privilegierung führt. Warum

<sup>452</sup> Vgl. etwa *Canaris*, Systemdenken S. 102 f.; *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4; *Staudinger/Wiegand*, § 1250, 4; *Baur*, § 55 B V 3; *Wolff/Raiser*, § 170 II 1 mit Fn. 4; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 83; *Medicus*, AcP 163, 10; *Reinicke*, NJW 1964, 2377; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 132 Fn. 9; ähnlich *AK/Reich*, §§ 1250 f., 1; *MünchKomm/Damrau*, § 1250, 3 erklärt gar eine Mitübertragung des Pfandes für überflüssig und untauglich, redlichen Erwerb zu gewährleisten; *Soergel/Augustin*, § 1250, 5 stellt den Übergang der Forderung in den Mittelpunkt, der keinen redlichen Erwerb kenne.

<sup>453</sup> Vgl. schon oben § 5 II 3 e mit Fn. 126.

<sup>454</sup> Abweichend, soweit ersichtlich, allenfalls *MünchKomm/Eickmann*, § 1154, 26.

<sup>455</sup> Mot. III 837 unter 2 = *Mugdan* III 467.

<sup>456</sup> Vgl. nur *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen § 5 I 1 = S. 68 f.

<sup>457</sup> Vgl. nur *Wolff/Raiser*, § 130 II 2; *Reinicke*, NJW 1964, 2377.

die Besserstellung ausgerechnet mit Abstrichen beim redlichen Erwerb erkaufte werden sollte, ist schon deswegen wenig plausibel, weil – wie zu zeigen sein wird<sup>458</sup> – dem für einen Gutgläubensschutz allerdings essentiellen Übergabeerfordernis Rechnung getragen werden kann.

So hat schließlich die konstruktive Eigenart die h. M. zum redlichen Zweiterwerb einer Vormerkung nicht erschüttern können,<sup>459</sup> obwohl dort genau dieselbe Überlegung passen müßte. Auch beim rückläufigen Wechsel<sup>460</sup> oder der Ablösung einer Hypothek durch Zahlung an den Scheinberechtigten<sup>461</sup> geht die Forderung über und zieht das Sicherungsrecht mit. Hier redlichen Erwerb stets zu verwerfen hieße denn doch, den konstruktiven Ansatz zu überschätzen, insbesondere sich der Erkenntnis zu verschließen, daß wirtschaftlich der Vorgang regelmäßig als Abkauf einzustufen ist, die Stellung des Ablösungsberechtigten gestärkt und nicht geschwächt werden soll, da der bisherige Wechselinhaber bzw. Scheinhypothekar sich gegen die Ablösung nicht mit Erfolg sperren kann.<sup>462</sup>

Um die h. L. zu verteidigen, müßte man den Verzicht auf das Übergabeerfordernis in § 1250 Abs. 1 BGB als Entschluß des Gesetzgebers interpretieren, das Recht als unselbständigen Annex der Forderung zu begreifen und nicht als eigenen, des Gutgläubenschutzes fähigen und würdigen Verkehrsgegenstand.<sup>463</sup> Mehrere Gründe sprechen dagegen. Schwierig ist schon der Nachweis, ob und daß ein dingliches Recht wie das Pfandrecht nicht als Gegenstand des Verkehrs dienstbar gemacht werden dürfe; deutet doch der Redlichkeitsschutz beim Ersterwerb eher die Verkehrsfreundlichkeit an als das Gegenteil.<sup>464</sup> Nicht nur das Wechsel- und Hypothekenrecht, sondern auch die Vorschriften über das Faustpfand kennen das Ablösungsrecht nach § 1249 BGB, das den Ausübungsberechtigten privilegieren und nicht benachteiligen soll; Differenzen im Schutzzumfang müßte man daher zumindest mit der weiteren Überlegung rechtfertigen, § 1249 BGB fruchte nichts, weil auch eine direkte Verfügung, die nur über die Zession der gesicherten Forderung zu bewerkstelligen wäre, nicht redlichen Erwerb eröffnen könnte. Nur wo ein rechts-

<sup>458</sup> Vgl. sogleich unter § 7 V 5b (2).

<sup>459</sup> Vgl. die Nachw. in § 5 Fn. 61; zu Recht als inkonsistent gerügt von *Medicus*, AcP 163, 10 Fn. 34; *Canaris*, NJW 1986, 1489; vgl. zu dieser Frage noch genauer unten § 10 II 6.

<sup>460</sup> Vgl. hierzu oben § 5 V 2 c mit Fn. 317 sowie *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4; *ders.*, NJW 1986, 1489.

<sup>461</sup> Vgl. die Nachw. in § 5 Fn. 63 sowie speziell *Canaris*, NJW 1986, 1489.

<sup>462</sup> Vgl. schon oben § 5 V 1 b sowie *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4; *ders.*, NJW 1986, 1489.

<sup>463</sup> So *Hueck/Canaris*, § 12 IV 4; *Canaris*, Systemdenken S. 103 Fn. 64; *ders.*, NJW 1986, 1489; ebenso in der Tendenz Mot. III 837 unter 2 = Mugdan III 467; MünchKomm/Damrau, § 1250, 3; *Soergel/Augustin*, § 1250, 5; *Reinicke*, NJW 1964, 2377; a. A. im Ergebnis *Westermann*, § 132 I 1 b; *Heck*, Sachenrecht § 105 V.

<sup>464</sup> Anders liegen die Dinge, soweit das Gesetz mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stellt. Ein zedierter Orderwechsel, der nur mit der abgetretenen Forderung übergeht, vermittelt auch dann keinen redlichen Erwerb, wenn das Papier übergeben wird. Ein solches Wahlrecht existiert weder beim Pfandrecht noch beim rückläufigen Wechsel. Keinen redlichen Erwerb gibt es ferner, soweit der Gegenstand generell ausgenommen wird, wie etwa das Rektapapier. Auch hier haben die Parteien auf eine dem Redlichkeitsschutz fähige Ausgestaltung verzichtet.

geschäftlicher Erwerb vom Nichtberechtigten auch unter Erfüllung eines Traditionsmoments möglich sei, gelte dies prinzipiell in gleicher Weise für den parallelen gesetzlichen Übergang. Der aus erhöhtem Sicherungsbedürfnis des Ablösenden entspringende Erst-recht-Schluß, der bei § 1143 BGB Gutgläubensschutz statuiert, hänge davon ab, ob dieser beim Abkauf vom Gesetz garantiert werde. Im Hinblick auf Art. 16f. WG, §§ 1154f. BGB seien Wechsel und Hypothek dann eben anderen Regeln unterworfen als das Pfandrecht mit § 1250 Abs. 1 BGB als Schlüsselnorm.

Eine solche Argumentation glitte jedoch allzu stark ins Hypothetische ab. Sie könnte nicht darüber hinweggehen, daß, betrachtet man etwa § 1143 BGB, das Traditions- bzw. Eintragungserfordernis im Gesetz eben nicht durchgängig verankert ist. Die nur hypothetische Möglichkeit einer Übereignung unter Wechsel des Besitzes böte demgegenüber ein zu wenig aussagekräftiges Differenzierungsmerkmal, zumal der Gegenschluß wiederum auf der Prämisse basieren müßte, das Pfandrecht sei wegen seiner Akzessorietät kein Verkehrsgegenstand, was mit Blick auf die Möglichkeit redlichen Ersterwerbs, angesichts der im Gesetz prinzipiell gestatteten Zession der Forderung, ja wegen der engen Ankoppelung nicht überzeugt, sondern eher das Gegenteil nahelegt.

(2) Nichtsdestoweniger ist mit dem Traditionsprinzip ein durchaus neuralgischer Punkt getroffen. In der Tat geht es zu weit, von der Funktion des Besitzübergangs beim redlichen Erwerb gänzlich zu abstrahieren, sie als irrelevant abzustempeln.<sup>465</sup> Damit riskiert man nicht nur einen Systembruch mit den §§ 932ff. BGB, die vom Erwerb des Besitzes mitnichten Abstand nehmen, sondern stellt vor allem den Modellcharakter des § 934 Fall 2 BGB ohne Not in den Hintergrund. Mag man nämlich bei Verfügungen Berechtigter in Ausnahmefällen von der Aushändigung oder deren Surrogat durchaus absehen können, etwa wenn der Besitz von niemandem ausgeübt wird oder bereits das Gesetz wie in § 929a BGB das reine Vertragsprinzip zugrunde legt, mag man auch den gesetzlichen Erwerb zu dieser Sondererscheinung rechnen, bei Verfügungen eines Nichtberechtigten kehrt § 934 Fall 2 BGB ebenso wie § 932a BGB zum Erfordernis der Besitzerlangung zurück,<sup>466</sup> was durchaus sachgerecht die Interessen widerspiegelt. Erst dann kann der Erwerber sich auf den ordnungsgemäßen Ablauf verlassen, hat eine solidere Grundlage als die bloße Behauptung des Zedenten, er sei Inhaber des Pfandrechts. Wie im Ausnahmefall die bloße Einigung mit dem Eigentümer den Übergang bewirkt, bei mangelnder Berechtigung aber die Besitzübergabe die Zäsur bildet, die erst den Schutz des Erwerbers vollendet, so folgt der Zession durch den Pfandrechtsinhaber das dingliche Recht ipso iure, genügt die Abtretung des Gläubigers bloß der obligatorischen Forderung zum redlichen Erwerb des Pfandrechts aber nur, wenn der Besitz übergeht.<sup>467</sup> Von daher bestätigt sich erneut die Rolle des gesetzlichen Erwerbs; er

<sup>465</sup> So im Ergebnis indes *Westermann*, § 132 I 1b; *Heck*, Sachenrecht § 105 V, in dessen Beispiel aber die verpfändete Sache übergeben wird; *MünchKomm/Wacke*, § 883, 66 Fn. 201.

<sup>466</sup> Das übersieht *Reinicke*, NJW 1964, 2377 f.

<sup>467</sup> Unschädlich ist, daß aus Sicht des Empfängers die Sache nicht zum Zwecke der Übereig-

ersetzt die Einigung, jedoch nicht die für den redlichen Erwerb unverzichtbare Besitzverschaffung.

(3) Ein weiteres Bedenken vermag die Besitzverschaffungsmacht auszuräumen. Daß der Besitz als Rechtsscheinträger die Berechtigung des Verfügenden im Hinblick auf das Pfandrecht verlautbaren könne, ist durchaus nicht leichterhand zu bestätigen. Der Schluß vom Besitz auf das Eigentum ist jedenfalls zerstört, da sich der Pfandrechtsinhaber als Nichteigentümer bezeichnet hat. Für seine Stellung als dinglich Berechtigter besagt der Besitz dann wenig; genauso gut kann der Verfügende etwa Mieter sein.<sup>468</sup> Mit der Korrektur der zugrunde liegenden Kategorie wandelt sich das Bild. Daß er seinem Partner den Besitz verschaffen kann, weist den Zeden-ten als berechtigt aus.<sup>469</sup>

## 6. Der Zweiterwerb der Anwartschaft

Die beim Pfandrecht eher sporadisch diskutierte Frage steht denn auch beim Zweiterwerb<sup>470</sup> einer Anwartschaft im Mittelpunkt, konzentriert auf zwei Problemfelder. Im ersten Fall verfügt ein Nichtanwärter über die einem Dritten zustehende Anwartschaft, im zweiten der Gläubiger eines Übereignungsanspruchs über eine nicht existente, da bei der Begründung mißglückte Anwartschaft. Während die h. M. – auf den ersten Blick in scheinbar traditionellen Geleisen – redlichen Erwerb propagiert,<sup>471</sup> will eine viele Anhänger zählende Lehre ihn mangels Rechtsscheins

---

nung übergeben wird. Es genügt Aushändigung unter Anerkennung schon bestehenden Eigentums (vgl. oben Fn. 355), wie das denn auch oft bei § 934 Fall 2 BGB der Fall sein wird.

<sup>468</sup> *Canaris*, Systemdenken S. 103; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 83; ablehnend wegen des fehlenden Rechtsscheins des Bestehens eines Pfandrechts auch *Flume*, II § 42 4c; *ders.*, AcP 161, 395; *Valentin*, Gutgläubensschutz S. 109ff. Vgl. zum Parallelproblem, was denn der Besitz über die Freiheit von Verfügungsbeschränkungen und der Streitbefangenheit einer Sache besage, bereits oben § 7 II 1a mit Fn. 82.

<sup>469</sup> Genauso sind die Fälle dinglicher Surrogation zu behandeln, die den Übergang des Besitzes an den Berechtigten nicht voraussetzen. Redlicher Erwerb ist so lange nicht perfekt, bis die Übergabe nachgeholt wird; Beispiel ist etwa § 2019 Abs. 1 BGB, bei dem der fiktive Erbenbesitz nach § 857 BGB als hinreichende Besitzerlangung wohl nicht genügen dürfte.

<sup>470</sup> Für den Ersterwerb gelten die normalen Regeln; insbesondere ist der für den guten Glauben relevante Zeitpunkt zu beachten; vgl. oben § 5 IV 3.

<sup>471</sup> Für den Erwerb einer Anwartschaft, die einem Dritten zusteht, vgl. etwa *Jauernig*, § 929, 6 FbBb; *Palandt/Bassenge*, § 929, 6 Cabb; *Erman/A. Schmidt*, § 929, 24; *AK/Reich*, § 929, 28; *Soergel/Mühl*, § 929, 43; *RGRK/Pikart*, § 929, 76; *Staudinger/Honsell*, § 455, 41; *Baur*, § 59 V 3b; *Westermann*, § 45 III 1c; *K. Müller*, Rdn. 2437, der indes nicht zwischen den unterschiedlichen Fällen differenziert; *Schwab*, Sachenrecht § 30 II 3; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 516; *Larenz*, II 1 § 43 IIc; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 38; *Serick*, I § 11 IV 2 = S. 270; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 59; *ders.*, Jura 1983, 475; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht S. 255f.; *Reinicke*, MDR 1959, 616; *Gernhuber*, Festschrift für Baur S. 33; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 132; *Sponer*, Anwartschaftsrecht S. 91; *Marotzke*, Anwartschaftsrecht S. 125f.; *Mühl*, AcP 160, 268; *Eichenhofer*, AcP 185, 177f.; *Waldner*, MDR 1980, 460f.; *U. Hübner*, NJW 1980, 732; *Schnorr v. Carolsfeld*, KritVJSchr 66, 184; *Koller*, JZ 1972, 650, Fn. 58.

Für den Erwerb einer nicht existenten Anwartschaft bei bestehender Forderung vgl. etwa

pauschal versagen:<sup>472</sup> Soweit der Veräußerer selbst die Grundlage des Vertrauens untergrabe, indem er sein fehlendes Eigentum offenbare, könne sich der Erwerber auf den Besitz nicht mehr verlassen. Er stütze sich nur mehr auf das Gerede des Veräußerers; angesichts der Möglichkeit, bei (angeblichen) Rechtsvorgängern Erkundigungen einzuziehen, sei kein ernst zu nehmendes wirtschaftliches Interesse nachzuweisen, den Zweitkäufer zu begünstigen.<sup>473</sup>

#### a) Die Problematik des Rechtsscheins

Ohne Frage verliert ein Rechtsscheinträger, aus dem sich alle möglichen Folgerungen für die Befugnis des Veräußerers ziehen lassen, an Gewicht. Daran ändert weder die Zitierung von § 1244 BGB<sup>474</sup> noch die angesichts der analogen Geltung der Normen über das Vollrecht mögliche Argumentation mit § 1006 BGB<sup>475</sup> etwas: Kann der Besitz Eigentum, Anwartschaft oder Pfandrecht indizieren, so besagt er im Endeffekt praktisch nichts mehr; der Erwerber ist notwendig auf weitere Erklärungen seines Partners angewiesen.<sup>476</sup> Das Anwartschaftsrecht verdeutlicht jedoch nur die fundamentale Aporie, die man mit dem Konzept eines aus dem Besitz

---

*Palandt/Bassenge*, § 929, 6 Cabb; *AK/Reich*, § 929, 28; *Staudinger/Honsell*, § 455, 41; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 38 f.; *Serick*, I § 11 IV 2 = S. 271; *Gernhuber*, Festschrift für Baur S. 33; *Valentin*, Gutgläubenschutz S. 17; *Mühl*, AcP 160, 268; *Eichenhofer*, AcP 185, 177 f.; *U. Hübner*, NJW 1980, 732; a. A. *Sponer*, Anwartschaftsrecht S. 91 f. – Nur das Fehlen auch der Forderung haben im Auge und lehnen deshalb redlichen Erwerb ab: *Jauernig*, § 929, 6 Fbcc; *Soergel/Mühl*, § 929, 43; *Baur*, § 59 V 3 c; *Schnorr v. Carolsfeld*, KritVJSchr 66, 184; *Westermann*, § 45 III 1 c; ablehnend ferner *Larenz*, II 1 § 43 II c; *Schwab*, Sachenrecht § 30 II 3; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 59; *ders.*, Jura 1983, 475; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht S. 255 f. Wenn sich die Vertreter der ablehnenden Ansicht darauf berufen, es bestehe kein Anwartschaftsrecht (etwa *Tiedtke*, *Baur*, *Schnorr v. Carolsfeld*), der Eigentümer dürfe nicht durch die bedingte Überlegung beschränkt werden (so *Larenz*), so überzeugt das nicht. Rechtsscheinträger, um mit der Prämisse der h. M. zu argumentieren, ist der Besitz, auch wenn das Recht nicht besteht; der Gegenstand der Verfügung wird durch die dingliche Einigung präzisiert; vgl. sogleich im Text unter § 7 V 6 a.

<sup>472</sup> MünchKomm/H. P. *Westermann*, § 455, 69 f.; *Flume*, II § 42 4 c; *ders.*, AcP 161, 394 f.; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 475; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 302; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 606 ff.; *Wiegand*, JuS 1974, 211 f.; *Brox*, JuS 1984, 662; *Kupisch*, JZ 1976, 427, dessen Argument, der Erwerber könne sich nicht darauf verlassen, daß die Bedingung tatsächlich erfüllt werde, sich mit der Überlegung unten § 7 V 6 b trifft.

<sup>473</sup> *Flume*, II § 42 4 c; *ders.*, AcP 161, 395; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 475; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 302; *Wiegand*, JuS 1974, 211; *Brox*, JuS 1984, 662.

<sup>474</sup> *Jauernig*, § 929, 6 Fbbb gegen *Flume*, II § 42 4 c.

<sup>475</sup> Diese Möglichkeit erwägen MünchKomm/H. P. *Westermann*, § 455, 69; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 302; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 607; *Brox*, JuS 1984, 662; *Eichenhofer*, AcP 185, 178; sie lehnen es aber mit Ausnahme von *Eichenhofer* ab, darauf ihre Auffassung zu stützen; ohne Erwähnung von § 1006 BGB wollen *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 59; *ders.*, Jura 1983, 475; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht S. 255 f.; *Georgiadis*, Eigentumsanwartschaft S. 132 Fn. 9 den Erwerber aufgrund allgemeiner Überlegungen schützen.

<sup>476</sup> *Flume*, II § 42 4 c; *ders.*, AcP 161, 396; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 475; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 302; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 607; *Wiegand*, JuS 1974, 211.



abgeleiteten Rechtsscheins heraufbeschwört. Seine Mehrdeutigkeit erspart es, weitere Einwände gegen die Prämisse als solche zu bemühen.

Rückt man dagegen nicht den Rechtsschein, sondern die Besitzverschaffungsmacht in den Blick, so ändert sich das Bild. Mit Einigung und Einräumung des Besitzes kann der Erwerber – seine Redlichkeit vorausgesetzt – vom regelmäßigen Ablauf ausgehen. Daß der spezifische Inhalt des Geschäfts erst aus den Willenserklärungen abzulesen ist, bedarf keiner näheren Rechtfertigung; natürlich legt die Einigung fest, welches dingliche Recht übertragen werden soll. Die Besitzverschaffungsmacht darf der Erwerber auch als hinreichenden Nachweis der Berechtigung verstehen. Nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Anwärter kann über das Anwartschaftsrecht verfügen, in gleicher Weise ist der Pfandgläubiger imstande, sein Recht weiterzugeben.<sup>477</sup> Daß der Erwerber hätte Nachforschungen anstellen können, spricht nicht gegen das Resultat; intendiert das Institut des redlichen Erwerbs doch in erster Linie, den Abnehmer für den Normalfall von solchen Obliegenheiten zu entlasten.<sup>478</sup>

#### b) Die Abhängigkeit vom schuldrechtlichen Geschäft

Wenn damit die Zweifel keineswegs restlos ausgeräumt sind, so rührt dies von der intensiven Verflechtung der Anwartschaft mit ihrer schuldrechtlichen Basis her. Den obligatorischen Anspruch redlich zu erwerben, ist der Empfänger, von wenigen, für das Problem unspezifischen Ausnahmen abgesehen, gehindert, was unmittelbare Konsequenzen nach sich zieht. Ein Erwerber ist nicht dagegen gefeit, daß der dem Anwartschaftsrecht zugrunde liegende Kaufvertrag nicht wirksam begründet war, ebensowenig darf er sich auf die Behauptung des Veräußerers verlassen, die Schuld sei schon zu einem bestimmten Teil getilgt.<sup>479</sup>

Auch nach redlichem Erwerb ist die Anwartschaft mannigfachen Gefährdungen ausgesetzt. Nachträglichen Beeinträchtigungen durch Verfügungen des Erstverkäufers und seines Partners, etwa der Erstreckung eines Eigentumsvorbehalts auf bislang nicht abgedeckte Ansprüche, mag man noch einen Riegel verschieben können, indem man ihre Wirksamkeit der Zustimmung des Zweitkäufers unterstellt.<sup>480</sup> Weil

---

<sup>477</sup> Auch für die §§ 135 Abs. 2 BGB, 325 Abs. 2 ZPO lassen sich Ausführungen darüber ersparen, ob der Besitz für lastenfreies Eigentum steht; so aber *Valentin*, Gutgläubensschutz S. 136 ff.; vgl. ferner oben § 7 II 1 a mit Fn. 82.

<sup>478</sup> Vgl. oben § 7 I 2 b.

<sup>479</sup> Weitgehend unstrittig; vgl. nur BGHZ 75, 221, 225; *Palandt/Bassenge*, § 929, 6 Cabb; MünchKomm/H. P. *Westermann*, § 455, 70; *Staudinger/Honsell*, § 455, 41 jeweils mwN.; a. A. auch hierzu wohl *U. Hübner*, NJW 1980, 732 f. (vgl. dazu sogleich im Text); zu einer Ausnahme vgl. *Marotzke*, Anwartschaftsrecht S. 127 ff. – Spiegelbildlich dazu kommt es dem Erwerber auch zugute, wenn die Forderung zu einem höheren Teil als behauptet oder gar vollständig erfüllt ist (hierzu a. A. *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 475, auch vom Standpunkt der h. M. aus gesehen). Denn der Anspruch als solcher bleibt, obgleich getilgt, Rechtsgrund für das Behaltendürfen (vgl. § 812 BGB).

<sup>480</sup> BGHZ 75, 221, 225 ff. (anders nunmehr BGHZ 92, 280, 290, der glaubt, auch nach Einbeziehung der Anwartschaft in die Haftung als Zubehör sei der Käufer und Eigentümer des

und soweit der Ersterwerber jedoch Gläubiger des Anspruchs auf Übereignung geblieben ist,<sup>481</sup> ist der Letztabnehmer grundsätzlich seiner und des Schuldners Willkür ausgeliefert, soweit man sich nicht entschließt, ihn dem Zessionar der Forderung gleichzustellen<sup>482</sup> – ein angesichts der eben nicht ausgeschöpften Möglichkeit einer synchronen Abtretung zumindest fragwürdiger Vorschlag. Gestaltungsrechte des Verkäufers werden mit dieser Einschränkung nicht tangiert;<sup>483</sup> auch mag die Vereinbarkeit einer solchen Verfügungsbeschränkung mit § 137 S. 1 BGB ihre Probleme aufwerfen. Sind die Anregungen bei der Verfügung über eine nicht existente Anwartschaft durch den Gläubiger des Anspruchs auf Übereignung noch der Diskussion wert, so stoßen sie bei Veräußerungen von Anwartschaften Dritter an ihre Grenzen, da sie diesem auch die Verfügungsbefugnis über die Forderung

mit einer Hypothek belasteten Grundstücks noch (Allein-)Berechtigter der Anwartschaft; *Palandt/Bassenge*, § 929, 6 CbCC, ccc; § 1276, 2 d; *Erman/Weinbauer*, § 455, 28; *Flume*, II § 42 4 b; *ders.*, AcP 161, 393 f.; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 72 f.; ausführlich mit Differenzierungen im Detail *Gernhuber*, Festschrift für Baur S. 40 ff.; ferner *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 587; *Forkel*, NJW 1980, 775; *Kollhosser*, JA 1984, 201; *ders.*, JZ 1985, 371; *M. Reinicke*, JuS 1986, 963; *Marotzke*, AcP 186, 501 ff.; *Tiedtke*, NJW 1985, 1308; *ders.*, NJW 1988, 28; a. A. die früher h. M.; vgl. etwa *MünchKomm/H. P. Westermann*, § 455, 60; *Staudinger/Honsell*, § 455, 39; *Serick*, I § 11 II 1 = S. 253 f.; *Larenz*, II 1 § 43 II c; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 32; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 132; *Waldner*, MDR 1980, 460; *Derleder*, JuS 1979, 480; *Loewenheim*, JuS 1981, 724 f., dessen Vorschlag, die Rückgewähransprüche an den Erwerber abzutreten, nur hilft, wenn der Zweitverkäufer Partner des ursprünglichen Vertrages war, also nicht, wenn er über das Recht eines Dritten verfügt; nicht eindeutig *Brox*, JuS 1984, 661.

<sup>481</sup> Anders als bei Hypothek und Pfandrecht, bei denen ohne Zession des Anspruchs – notfalls in Form des Nachlaufens (vgl. etwa *Soergel/Baur*, § 1153, 3 Abs. 2) – das dingliche Recht nicht übergeht. Nicht von ungefähr sind auch vielfache Kautelen vorgesehen, um weitere Einwirkungen des Altgläubigers auszuschließen; vgl. etwa § 1156 BGB.

<sup>482</sup> So etwa *Flume*, II § 42 4 b; *ders.*, AcP 161, 393 f.; *Gernhuber*, Festschrift für Baur S. 46, der darauf verweist, das Schicksal der dinglichen Einigung, also der Anwartschaft, und des den Übergang bedingenden obligatorischen Geschäfts müsse einheitlich festgelegt werden (aaO. S. 40 f.); *M. Reinicke*, JuS 1986, 963; *Marotzke*, AcP 186, 514; *Kollhosser*, JA 1984, 202 will die willkürliche Aufhebung des Kaufvertrags sperren, soweit sie Umgehungszwecken diene, läßt die Frage ansonsten offen; ablehnend *Serick*, I § 11 II 1 = S. 253. Die Rechtsprechung ist nicht ganz eindeutig; sie scheint aber für diese Fälle die bei den Parteien des Kaufvertrages verbliebene Befugnis beschränken zu wollen. Wenngleich der BGH formell an die Anwartschaft, die durch die Übertragung der Verfügungsbefugnis des Veräußerers entzogen sei, und nicht an die Forderung anknüpft, diese vielmehr der Willkür der Parteien des ursprünglichen Vertrages anheimstellt (BGHZ 75, 221, 225 f.; 92, 280, 292 f.), so nennt er doch nur die Forderung betreffende Gestaltungsrechte, um die Abhängigkeit zu beschreiben (BGHZ 75, 221, 225 f.). Jedenfalls einer völlig willkürlichen Aufhebung des Schuldverhältnisses scheint ein Riegel vorgeschoben werden zu sollen (vgl. BGHZ 75, 221, 229). In diese Richtung deutet auch die ja nur die schuldrechtliche Forderung betreffende Aussage, das Recht zum Widerspruch gemäß § 267 Abs. 2 BGB sei mit der Veräußerung der Anwartschaft verloren (vgl. BGHZ 75, 221, 228 mwN.). – Konsequenterweise hat man freilich auch den Vorbehaltsverkäufer zu schützen, wenn er von der inzwischen erfolgten Verfügung nichts weiß, wobei zum Teil der Maßstab des § 936 BGB (*Marotzke*, AcP 186, 497), zum Teil derjenige des § 407 BGB favorisiert wird (*Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 589 und wiederum *Marotzke*, AcP 186, 514).

<sup>483</sup> Wohl unstreitig; vgl. nur *Forkel*, Anwartschaftsrecht S. 194 f.

absprechen müßten, obgleich für einen redlichen Erwerb des Anspruchs mangels einer dem § 1138 BGB korrespondierenden Norm sich keinerlei Anhaltspunkte abzeichnen.

Der Vorschlag, die Anwartschaft als Vollrecht belastet nur mit einem Pfand des Veräußerers zu interpretieren,<sup>484</sup> könnte diese zwar von ihrer Verknüpfung mit der schuldrechtlichen Basis befreien, würde doch ein nachträgliches Entfallen des Vertrages, ja dessen Fehlen sogar von Anfang an nicht schaden. Verkannt wird dabei aber manches. Ohne Antwort bleiben im Hinblick auf die §§ 1205 f. BGB die besitzrechtlichen Fragen ebenso wie die schutzwürdigen Belange des Verkäufers. Er ist beispielsweise bei einem Rücktritt vom Vertrag aufgrund des Verzuges seines Partners nicht nur an einer Verwertungsmöglichkeit interessiert, wie sie die Regeln des Pfandverkaufs eröffnen, er will vielmehr – wie es auch § 455 BGB vorsieht – seine alte Stellung ohne Zwischenschritte wieder einnehmen.

So spricht also einiges dafür, redlichen Erwerb einer so ungesicherten Position zu verneinen.<sup>485</sup> Das entgegengesetzte Votum legt allerdings der Vergleich mit der Verfügung eines tatsächlich Berechtigten nahe, bei der die Probleme im Grundsatz wiederkehren. In dem Umfang, in dem man mit der Verfügungsbefugnis der Kaufvertragsparteien ernst macht, ist die Position des Zweiterwerbers immer ihrem Belieben anheimgegeben; daß der Veräußerer hier durch einseitige Handlungen nicht mehr in die Rolle des Erwerbers eingreifen kann – die an sich gängige Definition des Anwartschaftsrechts<sup>486</sup> –, gilt also nur mit der Modifikation, daß den ursprünglichen Partnern gemeinsam eine solche Einflußnahme nach wie vor unbenommen sein kann, auch wenn sie zu Lasten des jetzigen Anwärters geht. Eine umfangreiche Privilegierung des Anwärters setzt umgekehrt den Befugnissen der Parteien des Ausgangsvertrages auch dann Grenzen, wenn jener redlich vom Käufer die nicht existente Anwartschaft erworben hatte. Die je nach der anempfohlenen Konzeption brüchige bzw. stabile Position des redlichen Zweiterwerbers spiegelt nur den Normalfall seiner Sicherung wider, die er wesentlich verbessern kann, soweit er seinen Partner zur Zession des zugrunde liegenden Anspruchs veranlassen kann und daher dessen Eingriffe nicht mehr zu gewärtigen hat. Der redliche Erwerb der Anwartschaft eines Dritten mag angesichts der in jeder Beziehung der Willkür der ursprünglichen Parteien vorbehaltenen Gestaltungsfreiheit, mit Blick auf die Unmöglichkeit, zusammen mit der Anwartschaft auch die Forderung zu erwerben, nur marginalen Ertrag bieten. Ihn schlechterdings zu unterbinden, besteht indes kein Anlaß, da der (ehedem) Berechtigte drohenden Nachteilen zuvor kommen kann.

---

<sup>484</sup> U. Hübner, NJW 1980, 732 f., 735 im Anschluß an *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 148 ff.; ebenso schon A. Blomeyer, AcP 153, 246; Henke, JZ 1959, 204.

<sup>485</sup> So etwa MünchKomm/H. P. Westermann, § 455, 70; Forkel, Anwartschaftsrecht S. 194 f.; Kupisch, JZ 1976, 427.

<sup>486</sup> Vgl. nur BGHZ 49, 197, 201 mwN.; zuletzt BGH NJW 1982, 1639, 1640; auf die Notwendigkeit der Umformulierung weist *Gernhuber*, Festschrift für Baur S. 42 hin.

## 7. Der Erwerb von Miteigentumsanteilen

In der Frage der Zulässigkeit und Reichweite des redlichen Erwerbs von Miteigentumsanteilen an beweglichen Sachen hat sich in den letzten Jahren ein bemerkenswerter Wandel vollzogen, der sich nicht nur auf die theoretische Legitimation auswirkte, sondern ganz handfest den Umfang der geschützten Geschäfte reduzierte.

## a) Die h. M.: Mitbesitz kein tauglicher Rechtsscheintatbestand

Hatte man lange recht problemlos den Erwerb von Allein- und Miteigentum gleichgestellt,<sup>487</sup> so setzte vorwiegend aufgrund der Arbeiten von *Koller*<sup>488</sup> und *Schulze-Osterloh*<sup>489</sup> der Umschwung ein – und zwar als scheinbar unvermeidliche Konsequenz einer recht bedachten Vertrauensbasis: Der Mitbesitz begründe nur die Vermutung des Miteigentums als solchem, nicht jedoch der Größe der Quote. Mit dem Fehlen eines eindeutigen Rechtsscheintatbestandes zerschläge sich regelmäßig der redliche Erwerb.<sup>490</sup> Angänglich sei er lediglich bei Verfügungen des Alleinbesitzers, der sich als Inhaber ausbeuge, auch wenn das Geschäft sich nur auf eine Quote beziehe,<sup>491</sup> nicht dagegen, wenn ein Mitbesitzer Eigentum an einem fremden Anteil vorspiegele<sup>492</sup> oder behaupte, Inhaber einer größeren Quote zu sein, als es der Realität entspreche.<sup>493</sup>

<sup>487</sup> Vgl. etwa *Soergel/Siebert/Schultze-v. Lasaulx*, vor § 741, 12; *Krauel*, Miteigentum S. 46 ff.; weitere Nachw. bei *Koller*, JZ 1972, 647 Fn. 7.

<sup>488</sup> *Koller*, JZ 1972, 646 ff.; *ders.*, DB 1972, 1860 f.

<sup>489</sup> *Schulze-Osterloh*, Gesamthänderische Bindung S. 212.

<sup>490</sup> *Palandt/Bassenge*, § 932, 1 b; *Soergel/Mühl*, § 932, 6; *RGRK/Pikart*, § 1008, 35; *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 17; *Staudinger/Huber*, § 747, 18; *Schulze-Osterloh*, Gesamthänderische Bindung S. 212; *Koller*, JZ 1972, 649, 650; *ders.*, DB 1972, 1860; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2026; *Hueck/Canaris*, § 1 III 1 c; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 327; *Kümpel*, BuB 8/72; *Kress*, Besitz S. 274; ähnlich schon *v. Seeler*, Miteigentum S. 44: Der Mitbesitz begründet nur die Präsuntion, daß die Sache dem Mitbesitzenden zusammen mit anderen gehört, nicht aber eine Präsuntion dafür, daß der Mitbesitzer befugt sei, seinen Anteil frei von Rechten seiner Genossen oder überhaupt zu veräußern; a. A. *Becker*, Effektingiroverkehr S. 22 ff., ausgehend von seiner These, Legitimationsgrund des redlichen Erwerbs sei die Entäußerung des Besitzes; offen gelassen von BGH WM 1962, 818, 820.

<sup>491</sup> *Palandt/Bassenge*, § 932, 1 b; *RGRK/Pikart*, § 1008, 35; *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 17; *Staudinger/Huber*, § 747, 18; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 55; *Kress*, Besitz S. 274; *Krauel*, Miteigentum S. 32 f.

<sup>492</sup> *Palandt/Bassenge*, § 932, 1 b; *RGRK/Pikart*, § 1008, 35; *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 17; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 55 f.; *Koller*, JZ 1972, 649; *Kress*, Besitz S. 274; zögernd *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2026; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 327; a. A. *Staudinger/Huber*, § 747, 18; *Schulze-Osterloh*, Gesamthänderische Bindung S. 212.

<sup>493</sup> *Palandt/Bassenge*, § 932, 1 b; *RGRK/Pikart*, § 1008, 35; *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 17; *Staudinger/Huber*, § 747, 18; *Schulze-Osterloh*, Gesamthänderische Bindung S. 212; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2026; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 327; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 56; *Kress*, Besitz S. 274; *v. Seeler*, Miteigentum S. 42.

## b) Die Ausnahmen

So frappierend und folgerichtig das Argument auf den ersten Blick auch anmutet, so wenig vermag es näherer Betrachtung standzuhalten. Es sind die von der h.M. selbst eingeräumten Durchbrechungen, die das Augenmerk auf die Labilität des Fundaments richten.

(1) Noch als Schönheitsfehler mag man die erste Ausnahme abtun. Im Grundstücksverkehr gebe es – in genauem Gegensatz zum Recht der beweglichen Sachen – redlichen Erwerb auch vom angeblichen Miteigentümer.<sup>494</sup> Untermauern läßt sich dies zwar durch die Eigenart des Grundbuchs, das nicht nur die Eigentumslage, sondern im Gegensatz zum Besitz auch die Quote ausweist,<sup>495</sup> wenngleich die ansonsten reichlich bemühte Parallele beider Rechtsscheinträger hier ihre ersten Risse bekommt.

(2) Die nächste Abweichung sprengt bereits das System der h.M. Verfügt ein Mitbesitzer über einen ihm nicht zustehenden Anteil, stimmen die übrigen Besitzer zu, so glaubt man, die Bedenken gegen die fehlende Rechtsscheinbasis zurückstellen zu können.<sup>496</sup> Das bricht in höchst aufschlußreicher Weise mit überkommenen Prämissen: Soll doch jetzt die Aussage und Einwilligung eines Dritten maßgeblich sein, der diesen Anteil gar nicht besitzt – während ansonsten auf den Besitz des Zustimmenden angeblich nicht verzichtet werden darf.<sup>497</sup> Sofern etwa die Verfügung eines Miteigentümers über seinen Anteil gescheitert ist, der Käufer aber mit Zustimmung der anscheinend nur noch verbliebenen Bruchteilsinhaber weiterveräußert,<sup>498</sup> bezieht sich deren Einverständnis auf einen Anteil, der ihnen nie gehörte, den sie nie für sich in Anspruch nahmen und bezüglich dessen sie auch nie durch den Besitz legitimiert waren. Der Erwerber vertraut dann – um es mit der immer wiederholten Terminologie der h.M. zu beschreiben – auf das Gerede des Veräußerers und der Teilhaber. Wer die Zustimmung zu einer Übereignung eines Bruchteils, der die Quote des Veräußerers übersteigt, als Ermächtigung der betreffenden Miteigentümer versteht, über den eigenen Anteil partiell mitzuverfügen,<sup>499</sup> gerät in Gefahr, Zuflucht bei einer Fiktion zu nehmen.<sup>500</sup> Eine aufgrund eines Irrtums erteil-

<sup>494</sup> RGRK/Pikart, § 1008, 35; MünchKomm/K. Schmidt, § 747, 17; Staudinger/Huber, § 747, 18; Koller, JZ 1972, 647f.; Schulze-Osterloh, Gesamthänderische Bindung S. 222; Krauel, Miteigentum S. 37ff., der aber auch bei beweglichen Sachen redlichen Erwerb an Miteigentumsanteilen zuläßt (aaO. S. 46ff.).

<sup>495</sup> Koller, JZ 1972, 647.

<sup>496</sup> So im Anschluß an Koller, JZ 1972, 650 etwa Palandt/Bassenge, § 932, 1b; RGRK/Pikart, § 1008, 35; ders., WM 1975, 404; MünchKomm/K. Schmidt, § 747, 17; Becker, Effektingiroverkehr S. 16 Fn. 10; ablehnend Schulze-Osterloh, Gesamthänderische Bindung S. 212 (ohne Erörterung der Zustimmung); Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 57.

<sup>497</sup> Vgl. oben § 7 II 1 mit Fn. 78; ablehnend daher – von den Prämissen der h.M. aus durchaus zu Recht – Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 57.

<sup>498</sup> Beispiel von Koller, JZ 1972, 650.

<sup>499</sup> Koller, JZ 1972, 650.

<sup>500</sup> Was auch Koller, JZ 1972, 650 Fn. 61 einräumt. Er will den Rechtsschein des Besitzes im Fall des Mitbesitzes um den Rechtsscheintatbestand der Zustimmung zu einer bestimmten

te Zustimmung ist zudem anfechtbar, was – konsequent, aber in Widerspruch zu den sonstigen Regeln<sup>501</sup> – den Rechtsschein wiederum zerstören könnte.

Solcher Ungereimtheiten wegen den redlichen Erwerb in Bausch und Bogen zu verwerfen<sup>502</sup> überdehnte denn doch die Prinzipientreue. Schon in den Kategorien der h.M. läßt sich kaum eine aussagekräftigere Vertrauensgrundlage vorstellen als der Mitbesitz, dessen Größe und rechtmäßige Ausübung die übrigen Mitbesitzer bestätigen. Auch wäre ein Unterschied zu einer Verfügung aller Mitbesitzer über die Sache, die in Höhe des Anteils des Nichtberechtigten redlichen Erwerb ermöglicht,<sup>503</sup> wertungsmäßig nur schwer nachzuvollziehen. Die konstruktiven Probleme deuten ein weiteres Mal auf den Fehlgriff in der Prämissenfindung.

(3) Mittelbarer Mitbesitz soll um keinen Deut aussagekräftiger sein als unmittelbarer,<sup>504</sup> und doch bleibt hier die h.M. ihrem eigenen Ausgangspunkt nicht treu. Der Miteigentumsanteil kann jedenfalls bei einer Mischlagerung auch redlich erworben werden,<sup>505</sup> sobald der Herausgabeanspruch wirksam zediert wird. Dabei dreht es sich keineswegs um eine Besonderheit, die die Begebung eines Orderlagerscheins voraussetzt;<sup>506</sup> dessen Eigenart erschöpft sich, wie oben dargelegt,<sup>507</sup> in der Möglichkeit des redlichen Erwerbs des Herausgabeanspruchs, deren es bei Abtretung einer bestehenden Forderung durch ihren Inhaber nicht bedarf. Es wäre auch kaum einzusehen, weshalb redlicher Erwerb nach Übertragung des Herausgabeanspruchs von der Tatsache abhängen sollte, ob das Gut sich in Einzel- oder Sammelagerung befindet. Daß in solchen Fällen die Zustimmung weiterer (mittelbarer) Mitbesitzer weder nötig ist noch irgendwelche Konsequenzen hat, versteht sich beinahe von selbst.

#### c) Die Besitzverschaffungsmacht

Abhilfe zu schaffen gebietet erneut, den Besitz als Rechtsscheinbasis abzulösen und den Primat der Besitzverschaffungsmacht zu akzeptieren.<sup>508</sup>

---

Verfügung erweitern, die die Unklarheiten über die Anteilsverhältnisse beseitigt, läßt aber die Ableitung der Grundsätze offen.

<sup>501</sup> Vgl. dazu unten § 9 II 2b (2), 3 d.

<sup>502</sup> So *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 57.

<sup>503</sup> Vgl. oben § 7 V 7 a mit Fn. 491; insoweit ist die Verfügung der Gesamtheit der Mitbesitzer derjenigen eines Alleinbesitzers gleichzustellen.

<sup>504</sup> *Koller*, JZ 1972, 649; *ders.*, DB 1972, 1860; *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 419, 10; *Kress*, Besitz S. 274 Fn. 760a; vgl. auch Fn. 526.

<sup>505</sup> *Schlegelberger/Schröder*, § 424, 6a; *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 419, 20 unter Hinweis auf § 36 Abs. 2 OLSchVO. Daß die Quote des mittelbaren Besitzes den unmittelbaren Besitzer nicht interessiere, wie *Koller*, DB 1972, 1905 behauptet, stimmt zumindest in diesem Fall nicht, da der Herausgabeanspruch geltend gemacht wird.

<sup>506</sup> So aber wohl *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 419, 20, wie sich namentlich aus der Gegenüberstellung zu § 419, 10 ergibt.

<sup>507</sup> Vgl. § 7 IV 1 c (3).

<sup>508</sup> Ähnlich im Ergebnis schon *Krauel*, Miteigentum S. 47 ff., der jedoch die Besitzverschaffungsmacht zu gering achtet und statt dessen ein nicht näher spezifiziertes Vertrauen in das Eigentum des Verfügenden favorisiert (aaO. S. 28). – Sein Argument, ansonsten könnte der

(1) Ohne weiteres lassen sich nunmehr die von der h. M. zwangsläufig als Ausnahmen genannten Fallgruppen in das System der §§ 932 ff. BGB integrieren. Es verschwinden nicht nur die Unterschiede zum Grundstücksrecht, es genügt nicht nur die Übertragung eines Herausgabeanspruchs ebenso wie seine Begründung durch das Einverständnis des unmittelbaren Besitzers auf Weisung des Veräußerers, auch die Rolle der Zustimmung der übrigen Mitbesitzer wird zurechtgerückt: In ihr drückt sich die Besitzverschaffungsmacht aus. Nicht eine Behauptung des Verfügenden wird bestätigt, sondern der Erwerber zu einer bestimmten Quote als neuer Mitbesitzer akzeptiert, wie dies bei jeder Übertragung eines Miteigentumsanteils geschieht und auch geschehen muß – ohne Unterschied, ob der Veräußerer bisher allein besaß und seinem Erwerber Mitbesitz einräumt oder ob dies durch die übrigen bisherigen Besitzer erfolgt. Damit gewinnt man eine korrekte Basis. Der redliche Erwerb von Miteigentumsanteilen ist nicht etwa eine an strenge Voraussetzungen gebundene Ausnahmeerscheinung, sondern folgt den Maximen des Redlichkeitsschutzes, soweit die Anforderungen des Mitbesitzes<sup>509</sup> bzw. eines Herausgabeanspruchs dem unmittelbaren Besitzer gegenüber erfüllt sind.<sup>510</sup>

(2) Die These wird durch das Gesetz selbst erhärtet. Wird nur ein Anteil an einem nicht im Register eingetragenen Schiff veräußert, so bedarf es nur der Einräumung des Mitbesitzes am Schiff. Deutlicher als § 932a Halbsatz 2 BGB könnte das Konzept der Besitzverschaffungsmacht kaum bekräftigt werden. Nicht vorangegangener Besitz,<sup>511</sup> nicht der darauf basierende Rechtsschein, der in der Tat die Größe der Quote nicht verdeutlichen könnte, sondern die Fähigkeit des Veräußerers, den Besitz zu verschaffen, gibt den Ausschlag, während es – wie stets – nicht geboten ist, daß der Besitz speziell vom Verfügenden übertragen wurde.<sup>512</sup>

---

Veräußerer, der Alleineigentum übertrage, den Erwerber stärker begünstigen als bei bloßer Übereignung eines angeblichen Miteigentumsanteils, mag ein unglückliches Beispiel wählen; insofern ist *Kollers* Kritik, es bedürfe im ersten Fall der Einräumung des Alleinbesitzes (JZ 1972, 649) durchaus zuzustimmen. Nicht widerlegt ist damit der Erwerb in Höhe der Quote des überlassenen Mitbesitzes.

<sup>509</sup> Zu Details vgl. statt aller *Staudinger/Bund*, § 866, 16.

<sup>510</sup> Die immer wieder zitierte Entscheidung BGH WM 1962, 818, 820 betrifft nicht den Rechtsschein, sondern den Umfang der Einigung. Das Gericht lehnt es ab, eine das Alleineigentum umfassende Willenserklärung als Verfügung über eine Quote aufrechtzuerhalten bzw. entsprechend umzudeuten und so redlichen Erwerb wenigstens in Höhe der Quote des Mitbesitzes zu ermöglichen, weil für den (hypothetischen) Parteiwillen nichts vorgetragen sei. Angesichts der erkennbaren Interessen der Parteien dürfte dies höchst fraglich sein (vgl. zu einer ähnlichen Fragestellung schon *Krauel*, Miteigentum S. 36f.; aber auch die ganz h. M. zur Umdeutung einer fehlgeschlagenen Sicherungsübereignung in die Übertragung des Anwartschaftsrechts, dazu unten § 8 II 1 a (1)).

<sup>511</sup> MünchKomm/*Quack*, § 932a, 1 bleibt für seine entgegenstehende Behauptung die Begründung schuldig, nennt in Rdn. 3 als Voraussetzung denn auch nur Einigung, Besitzerwerb und Redlichkeit, stellt in Rdn. 4 den Erwerb auf Geheiß den üblichen Fällen ausdrücklich gleich.

<sup>512</sup> MünchKomm/*Quack*, § 932a, 4; a. A. *Schaps/Abraham*<sup>3</sup>, S. 371 unter Berufung auf § 932 Abs. 1 S. 2 BGB (vgl. hierzu oben § 7 V 4).

## d) Der Mitbesitz des Berechtigten als Sperre redlichen Erwerbs

Unter diesem Aspekt gewinnt auch der in der Literatur geläufige Satz, Mitbesitz schütze den Miteigentümer einer beweglichen Sache vor dem Verlust seines Anteils durch gutgläubigen Erwerb,<sup>513</sup> seine spezifische Bedeutung. Überträgt der Veräußerer keinen größeren Anteil am Besitz als er selbst innehatte, kommt es ohnedies nicht zu Kollisionen; räumt er dem Erwerber jedoch eine umfangreichere Quote ein, so ist diese Übergabe den übrigen unmittelbaren Besitzern nicht zuzurechnen, es sei denn, sie hätten dazu ihre, auch durch Täuschung erschlichene, Zustimmung erteilt. Die Problematik verlagert sich von der Rechtsscheinbasis weg zu Fragen der Zurechnung. Auch das ist durchaus nicht nur reine Begriffsjurisprudenz, wie sich erneut plastisch an Willensmängeln illustrieren läßt. Die Anfechtung einer Zustimmung könnte den darauf basierenden Rechtsschein beseitigen, ist aber im Rahmen der Zurechnung anders zu gewichten.<sup>514</sup>

## e) Der Effektenverkehr

Ihre Nagelprobe hat jede Theorie des redlichen Erwerbs von Miteigentumsanteilen im Effektenverkehr zu bestehen. Die h. M. jedenfalls findet sich hier zu weitgehenden Konzessionen bereit.

(1) § 24 Abs. 2 S. 1 DepotG zieht die Konsequenz aus der Ersetzungsmöglichkeit des § 24 Abs. 1 DepotG. Statt Eigentum an konkreten Stücken zu verschaffen, kann der Kommissionär seiner Pflicht nachkommen, indem er Miteigentum an Wertpapieren einräumt, die zum Sammelbestand einer Wertpapiersammelbank gehören. Ausgehend von der mangelnden Legitimationskraft des Mitbesitzes, nimmt es sich konsequent aus, den redlichen Erwerb aufzuschieben, bis die Stücke ausgehändigt sind.<sup>515</sup> Schuldbuchforderungen, obgleich dem Anteil an einem Sammelbestand von Schuldverschreibungen gleichgestellt,<sup>516</sup> sollen dagegen dem Regime der §§ 932 ff. BGB unterworfen sein; die Buchung übernehme die Funktion des Besitzes.<sup>517</sup> Die Erstreckung auf § 24 Abs. 1 S. 1 DepotG liegt daher nahe und wird denn auch von

<sup>513</sup> So insbesondere *Staudinger/Huber*, § 747, 18; ferner *Erman/A. Schmidt*, § 935, 6; *Staudinger/Berg*<sup>II</sup>, § 935, 1; *Westermann*, § 49 I 2; *Heck*, Sachenrecht § 60, 7.

<sup>514</sup> So schon *Krauel*, Miteigentum S. 49 ff.; vgl. auch dazu unten § 9 II 3 d.

<sup>515</sup> *Heinsius/Horn/Than*, § 24, 30; *Opitz*, § 24, 4. In den Erörterungen wird damit oft vermengt, daß es um gesetzlichen Erwerb geht. Es sei daher ins Gedächtnis zurückgerufen, daß dieser redlichen Erwerb nicht sperrt; vgl. dazu oben § 5 II 3.

<sup>516</sup> Vgl. § 2 der Zweiten Verordnung über die Behandlung von Anleihen des Deutschen Reiches im Bank- und Börsenverkehr vom 18. April 1942 (RGBl. I 183), abgedruckt bei *Heinsius/Horn/Than*, Anhang V = S. 685 f. und dazu BGHZ 5, 27, 30; § 1 Abs. 1 des Anleihegesetzes vom 29. März 1951 (BGBl. I 218), abgedruckt bei *Heinsius/Horn/Than*, Anhang II = S. 681; Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 24. Mai 1972 (BGBl. I 801), abgedruckt bei *Heinsius/Horn/Than*, Anhang I = S. 680 f.

<sup>517</sup> *Heinsius/Horn/Than*, § 24, 47; *Fabricius*, AcP 162, 482; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2055 mit dem Hinweis, daß darin das eigentliche Ziel der Gleichstellung lag; *Kümpel*, BuB 8/115 f.; a. A. *Schönle*, § 21 II 6 vor a.



der h. M. folgerichtig vollzogen,<sup>518</sup> da die Eintragung in den Unterlagen einen hinreichenden Scheintatbestand gewährleiste.<sup>519</sup>

Dies erneut als Irregularität eingestehen und rechtfertigen zu müssen, erspart man sich durch die Abkehr vom Besitz als Rechtsscheinbasis. Mit der Buchung und der Benachrichtigung hat der Kommissionär dem Käufer einen entsprechenden Herausgabeanspruch vermittelt, natürlich nur, soweit ihm selbst ein Anteil zustand; Lieferungsansprüche gegen ein anderes Bankinstitut reichen in diesem Kontext nicht aus.<sup>520</sup>

(2) Ungleich stärkere Beachtung hat in der Literatur der nicht mit der Übergangsmodalität des § 24 Abs. 2 S. 1 DepotG zu verwechselnde Effektengiroverkehr<sup>521</sup> gefunden; die zunächst außerhalb des Depotgesetzes verlaufende Entwicklung ist jedenfalls nachträglich vom Gesetzgeber durch den Erlaß des § 9a DepotG übernommen worden.<sup>522</sup> Wenn die h. M. hier redlichen Erwerb billigt,<sup>523</sup> so gesteht sie den Widerspruch zur eigenen Prämisse des fehlenden Rechtsscheins bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen durchaus ein,<sup>524</sup> glaubt jedoch, eine Rechtsfortbildung durch ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis legitimieren zu können und zu müssen. Ohne redlichen Erwerb wäre die Funktionstüchtigkeit an entscheidender

<sup>518</sup> *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1994; *Kümpel*, BuB 8/72 jeweils unter Zitat der Rechtslage im Effektengiroverkehr; *Canaris*, aaO. verweist freilich auch auf Rdn. 1972, wo er redlichen Erwerb analog den §§ 932 ff. BGB zuläßt, wenn die Sache ausgehändigt werde oder § 934 BGB erfüllt sei; *Zöllner*, Festschrift für Raiser S. 263 ff., der indes § 24 Abs. 2 S. 1 DepotG und den Fall des Effektengiroverkehrs vermengt (vgl. dazu Fn. 521).

<sup>519</sup> *Kümpel*, BuB 8/72 unter Berufung auf die entsprechende Lage im Effektengiroverkehr; wie bei § 18 Abs. 3 DepotG (vgl. dazu oben § 7 V 5b (3) mit Fn. 451) bedarf es u. U. noch des Zugangs der den Herausgabeanspruch begründenden Willenserklärung.

<sup>520</sup> *Heinsius/Horn/Than*, § 24, 27; vgl. dazu allgemein oben § 7 IV 2 c (1).

<sup>521</sup> Der Unterschied manifestiert sich vor allem im Fehlen eines Kommissionsverhältnisses iS. des § 18 DepotG oder eines Eigenhandelsverhältnisses iS. des § 31 DepotG; vgl. *Heinsius/Horn/Than*, § 24, 11. § 24 Abs. 2 S. 1 DepotG ist beim Effektengiroverkehr (zusätzlich) thematisiert, wo Durchgangserwerb der Käuferbank angenommen wird; vgl. zu diesen konstruktiven Fragen *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2025 Abs. 1.

<sup>522</sup> *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2026 Abs. 2; *Heinsius/Horn/Than*, § 9a, 5; *Koller*, DB 1972, 1858; *Walz*, KritV 1986, 136.

<sup>523</sup> Grundlegend *Koller*, DB 1972, 1905; *ders.*, in Gutachten II S. 1504; ebenso *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2026; *Hueck/Canaris*, § 1 III 1 c; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 327; *Heinsius/Horn/Than*, § 6, 91; *Kümpel*, BuB 8/76; MünchKomm/K. *Schmidt*, § 747, 18; RGRK/*Pikart*, § 1008, 35; *Zöllner*, Festschrift für Raiser S. 261 ff., 266; *Walz*, KritV 1986, 161 f.; skeptisch, im Ergebnis aber zustimmend, *Staudinger/Huber*, § 747, 75; a. A. *Opitz*, § 24, 4, der redlichen Erwerb von der Herausgabe der Papiere abhängig macht; dagegen ausdrücklich *Koller*, DB 1972, 1905; gänzlich ablehnend *Quassowski/Schröder*, § 24, 10. Daß die Besitzkonstruktionen im Effektengiroverkehr lebensfremd und sachwidrig sind (*Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2022), mag sein, betrifft jedoch nur eine Vorfrage des redlichen Erwerbs, die hier nicht umfassend problematisiert werden kann.

<sup>524</sup> So ausdrücklich etwa *Koller*, DB 1972, 1860 f.; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2026; *Hueck/Canaris*, § 1 III 1 c; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 327; *Heinsius/Horn/Than*, § 6, 91; *Kümpel*, BuB 8/72; MünchKomm/K. *Schmidt*, § 747, 18; RGRK/*Pikart*, § 1008, 35; wohl auch *Walz*, KritV 1986, 161.

Stelle, damit letztendlich das Institut als solches in hohem Maße in Frage gestellt.<sup>525</sup> Da der mittelbare Mitbesitz als maßgebendes Rechtsscheinelement ausscheide, verlagere sich die Vertrauensbasis auf das von der Wertpapiersammelbank geführte Verwahrungsbuch und die darin vermerkte Buchung.<sup>526</sup>

Selbst diese umfängliche Korrektur vermag nicht alle Schwierigkeiten hintanzuhalten. Die Einigung will die h.M. zwischen der Girobank des Verkäufers und derjenigen des Käufers konstruieren. Der Verkäufer habe seine Bank ermächtigt,<sup>527</sup> die Wertpapiersammelbank vertrete die Bank des Käufers.<sup>528</sup>

Vertrauen in den Status quo, die Buchung zugunsten der Verkäuferbank, die ihrerseits die Wertpapiersammelbank in ihre Dokumente eingetragen hatte, kann also die Käuferbank schon deshalb nicht fassen, weil sie an den Willenserklärungen selbst nicht beteiligt ist und auch keinerlei Einblick in die Unterlagen nehmen kann. Die Wertpapiersammelbank gemäß § 166 Abs. 1 BGB als Vertrauende anzusehen zwingt diese, auf einen Rechtsschein zu setzen, den sie mit ihrer Buchung selbst geschaffen hat – eine angesichts der Funktion des Rechtsscheins zumindest zweischneidige Vorstellung.

Lassen sich auch für die Zuverlässigkeit der Wertpapiersammelbank die §§ 5 Abs. 1 S. 3, 9a, 24 DepotG als gesetzliche Indizien ins Feld führen<sup>529</sup> – was freilich die Malaise eines an konkretem Vertrauen orientierten Ansatzes allenfalls überdecken, nicht jedoch aus der Welt schaffen könnte –, so zerbröckelt die Basis, die sich

<sup>525</sup> Koller, DB 1972, 1905 Fn. 73 im Anschluß an Larenz, Methodenlehre<sup>3</sup> S. 382 ff. (in den neueren Auflagen ist Larenz weniger streng; bestehen muß nur „offenbar“ ein Verkehrsbedürfnis; vgl. Methodenlehre<sup>3</sup> S. 398). Koller folgen Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 2026; Hueck/Canaris, § 1 III 1 c; Kümpel, WM 1980, 437; ders., BuB 8/72; geringere Anforderungen stellt Schlegelberger/Hefermehl, Anhang § 406, 327, der unter Berufung auf die neueren Auflagen der Methodenlehre von Larenz ein – auch nicht unabweisbares – Verkehrsbedürfnis ausreichen läßt; ebenso Heinsius/Horn/Than, § 6, 91.

<sup>526</sup> Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 2027; Hueck/Canaris, § 1 III 1 c; Schlegelberger/Hefermehl, Anhang § 406, 327; Koller, DB 1972, 1905; Kümpel, WM 1980, 437; ders., BuB 8/76; Heinsius/Horn/Than, § 6, 91; MünchKomm/K. Schmidt, § 747, 18; ähnlich RGRK/Pikart, § 1008, 35 (das Depotbuch iVm. dem mittelbaren Besitz des Verfügenden bilde eine ausreichende Rechtsscheingrundlage); Walz, KritV 1986, 162 sieht die Überprüfungsmöglichkeit von Buchungen angesichts der institutionellen Sicherungen des Rentenmarktes als entscheidend an; der tatsächliche Eigentümer sei also „näher daran“, den Schaden abzuwenden; skeptisch zur Buchung als Vertrauensgrundlage Pleyer, Festschrift für Werner S. 652 f.

<sup>527</sup> Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 2018; Schlegelberger/Hefermehl, Anhang § 406, 321; Koller, DB 1972, 1858; Heinsius/Horn/Than, § 6, 84; Kümpel, WM 1976, 953; ders., BuB 8/342; Becker, Effektingiroverkehr S. 46; Wolter, Effektenkommission S. 193; die Gegenmeinung, die die Wertpapiersammelbank selbst als Verfügende ansieht (vgl. etwa OLG München WM 1955, 1719, 1720; Schönle, § 21 II 3 a; Büchner, Effektingiroverkehr S. 111 f., S. 120 f.; Brink, Effektingiroverkehr S. 94), ändert an der hier interessierenden Frage nichts.

<sup>528</sup> Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 2019; Koller, DB 1972, 1858; Heinsius/Horn/Than, § 6, 84; Becker, Effektingiroverkehr S. 47 f.; Wolter, Effektenkommission S. 194, 260 f.; a. A. Schlegelberger/Hefermehl, Anhang § 406, 322 (im voraus erklärt); Kümpel, WM 1976, 953 (Wertpapiersammelbank als Empfangsbotin der Käuferbank). Die Gegenmeinung kann nicht daran rütteln, daß die Käuferbank die Buchungsunterlagen der Wertpapiersammelbank nicht kennt.

<sup>529</sup> So etwa Koller, in Gutachten II S. 1504.

an der Buchung in den Papieren der Wertpapiersammelbank ausgerichtet, spätestens bei Geschäften, die ohne deren Einschaltung abgewickelt werden. Man denke an die Abtretung des Herausgabeanspruchs durch einen angeblichen Miteigentümer an seinen Abnehmer, insbesondere aber an Käufe, die die Girobank als Zwischenverwahrer ohne Beteiligung der Wertpapiersammelbank nur in ihren eigenen Büchern verlaubarb.<sup>530</sup> Das Verwahrungsbuch der jeweiligen Bank zur Rechtsscheibasis zu erheben, wie dies die h. M. mangels Eignung des mittelbaren Mitbesitzes notgedrungen tut,<sup>531</sup> kann gerade nicht mehr mit einer vom Gesetzgeber betonten Vertrauenswürdigkeit der Wertpapiersammelbank argumentieren, ja müßte sich eigentlich dem Gegenschluß aus den zitierten Normen stellen, was den Ruf nach dem Gesetzgeber<sup>532</sup> durchaus verständlich macht. Außer acht gelassen wird dabei insbesondere der Umstand, daß der Käufer an die seinen Vertragspartner legitimierende Buchung allenfalls abstrakt glauben kann, das Verwahrungsbuch der vermittelnden Bank aber gar nicht zu Gesicht bekommt – eine Aporie, die in ähnlicher Form bereits den mittelbaren Besitz charakterisiert hatte, sich hier wiederum stellt und die sich wohl jeder legislativen Reform entzieht, allenfalls im Wege einer Fiktion der Kenntnis entschärft werden kann.

All diese Verwicklungen stehen erneut, wenn nicht in zugespitzter Form, zur Debatte, soweit der Herausgabeanspruch abbedungen ist, eine vertragliche Modifikation, deren Zulässigkeit man allgemein und zu Recht aus § 9a Abs. 3 S. 2 DepotG folgert.<sup>533</sup> Hier stützt die Buchung den mittelbaren Besitz nicht nur, sondern verdrängt ihn völlig, ohne daß der Erwerber sich fundiert auf die Richtigkeit einer ihm weder bekannten noch zugänglichen Buchung verlassen könnte.

Mit der Verlagerung des Akzents auf die Besitzverschaffungsmacht, konsequenterweise ausgedehnt auf die Fähigkeit, die Buchung zugunsten des Erwerbers herbeizuführen, ändert sich der Blickwinkel. Nicht ein Vertrauen auf bisherigen Besitz, auf gegenwärtige Buchung wird privilegiert, sondern die Fertigkeit des Veräußerers, die Wertpapiersammelbank oder die Girobank zu veranlassen, den Käufer als Gläubiger eines Herausgabeanspruchs zu akzeptieren, oder, wo dies angesichts des Feh-

---

<sup>530</sup> Beispiele nach *Koller*, in Gutachten II S. 1504. – Es gibt daneben auch die Möglichkeit, Kompensationsgeschäfte vom Kassenverein durchbuchen zu lassen (vgl. *Becker*, Effektengiroverkehr S. 57). Die Konsequenz, an solche Details die Zulässigkeit redlichen Erwerbs zu knüpfen, wäre absurd.

<sup>531</sup> *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2027; *Koller*, DB 1972, 1905 f.; *ders.*, in Gutachten II S. 1504; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 327; *Heinsius/Horn/Than*, § 6, 91; *Kümpel*, BuB 8/72; MünchKomm/K. *Schmidt*, § 747, 18; *Fabricius*, AcP 162, 482; *Brink*, Effektengiroverkehr S. 102; *Körner*, Entstückung S. 117; auf die Gutschrift zugunsten des Erwerbers stellt dagegen – allerdings ohne nähere Ausführungen – *Staudinger/Huber*, § 747, 75 ab. Nach *Zöllner*, Festschrift für Raiser S. 267, 284 gründet sich der Verkehrsschutz auf das Vertrauen, das Banken in unserem Wirtschaftsleben genießen.

<sup>532</sup> *Koller*, in Gutachten II S. 1504.

<sup>533</sup> *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2133; *Schlegelberger/Hefermehl*, Anhang § 406, 309; *Heinsius/Horn/Than*, § 9a, 55; *Pleyer/Schleiffer*, DB 1972, 78 mwN.; *Waltz*, KritV 1986, 161 mit Fn. 174.

lens einer solchen Forderung nicht möglich ist, die Buchung umzustellen.<sup>534</sup> Dadurch entfällt der Zwang einer Rechtsfortbildung, kann der von der h. M. mit gutem Grund für unerläßlich erachtete Verkehrsschutz durch das gängige dogmatische Instrumentarium verbürgt werden, erspart man sich eine Differenzierung zwischen der Wertpapiersammelbank und der Girobank, nicht zuletzt eine Intervention des Gesetzgebers mit unklarer Zielsetzung hinsichtlich des tragenden Legitimationsgrundes.<sup>535</sup>

Den Usancen des Effekten giroverkehrs entsprechend bedarf es über die nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Wertpapiersammelbanken kurzfristig stornierbaren Gutschriften hinaus der Aushändigung eines Depottagesauszuges an den Begünstigten. Da dieser nur der Girobank gegenüber erteilt wird, hat diese den Vorgang zu wiederholen. Sobald der Kunde die Gutschrift in der Hand hat, also Gläubiger des Herausgabeanspruchs geworden ist, bzw., wo dieser abgedungen wurde, sein Konto von der Girobank erkannt ist, hat sich der redliche Erwerb vollendet.<sup>536</sup>

#### 8. Die Entbehrlichkeit von Kenntnis der Besitzlage und Kausalität

Vom Standpunkt einer h. M. aus, die den Besitz als Rechtsscheinträger begreift, ist es eigentlich bare Selbstverständlichkeit, auf Kenntnis des Erwerbers von der Besitzlage ebenso zu beharren wie auf der Kausalität zwischen dieser Vertrauensgrundlage und dem Geschäft; es wirkt wie eine Bestätigung einer ohnehin evidenten Rechtslage, daß man regelmäßig auf Ausführungen im Detail verzichtet.<sup>537</sup> Schon beim Streckengeschäft erkaufte man diese auf den ersten Blick so zwingende Konsequenz mit einer Fiktion – wie soll der Erwerber Kenntnis von einem Besitz haben, im Vertrauen auf ihn handeln, obgleich dieser in der Realität nie ausgeübt wurde? Der mittelbare Besitz ist oft nicht zu überprüfen; dem Käufer bleibt nur die Hoffnung,

<sup>534</sup> Soweit der Herausgabeanspruch der §§ 7f. DepotG vertraglich abgedungen ist, will *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2028 den redlichen Erwerb an die Umschreibung im Verwahrungsbuch koppeln; vgl. auch *MünchKomm/K. Schmidt*, § 747, 18; *Staudinger/Huber*, § 747, 75.

<sup>535</sup> Wenn *Becker*, Effekten giroverkehr S. 28f., 32ff., 42 und öfter die Besitzaufgabe des Veräußerers zugunsten des Erwerbers als Bedingung redlichen Erwerbs postuliert, so stimmt das vom Ergebnis her, gerade auch was die Entbehrlichkeit der Rechtsfortbildung betrifft, mit dem Konzept der Besitzverschaffungsmacht vielfach überein. Die vollständige Aufgabe des Besitzes wird sich als Regelfall, nicht aber als unverzichtbare Voraussetzung herausstellen (vgl. dazu unten § 8 II 1 b (3), c).

<sup>536</sup> Entgegen der h. M. (vgl. nur *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 2020 mwN.) dürfte der Vorgang unter die §§ 931, 934 BGB, nicht die §§ 929, 932 BGB zu subsumieren sein (vgl. schon *Hager*, WM 1980, 666f.; ausführlich *Becker*, Effekten giroverkehr S. 49ff. mit umfangreicher Diskussion). Im Vordergrund sollten freilich Sachargumente stehen, weniger ein Streit um eine rein konstruktive Einordnung.

<sup>537</sup> Vgl. näher *Wiegand*, JuS 1978, 149f.; Andeutungen ferner bei BGHZ 56, 123, 130; dort wird freilich der Schwerpunkt auf das Kriterium der Besizzentäußerung gelegt. Wesentlich detaillierter wird das Parallelproblem im Grundstücksverkehr diskutiert; vgl. unten § 10 II 1.

sein Partner werde die Wahrheit sagen. § 934 Fall 2 BGB abstrahiert schließlich völlig vom Besitz.

Mit Aufgabe der Prämisse ist man des Problems enthoben, kann man auf Kenntnis wie Kausalität getrost verzichten. Die Besitzerlangung hängt weder davon ab, daß der Erwerber über die vorangegangene Besitzlage informiert, noch gar davon, daß er durch sie motiviert war.

Platz für derartige Überlegungen wäre nur mehr im schmalen Bereich einer der Besitzerlangung nachfolgenden Einigung. Hier ließen sich strengere Anforderungen durchaus zur Debatte stellen – etwa derart, der Erwerber müsse von der Unterwerfung des Übergebenden unter die Weisungen desjenigen erfahren, der später als Eigentümer auftrete. Von solch einem Verlangen abzusehen, rät schon der Gedanke einheitlicher Behandlung, fällt aber um so leichter, als sonst die Gefahr schwer begründbarer Wertungswidersprüche entstünde. Ob bei einer durch Täuschung des Angewiesenen provozierten Lieferung die Einigung vorausgeht oder nachfolgt, gibt kein sinnvolles Kriterium für eine Differenzierung ab, zumal der Empfänger, würde er die wahren Umstände überblicken, damit gleichzeitig seine Redlichkeit einbüßen müßte.

#### 9. Die entsprechende Anwendung der §§ 932ff. BGB

Keinerlei Schwierigkeiten bereitet es schließlich, die Fälle, in denen das Gesetz die entsprechende Anwendung der §§ 932ff. BGB vorschreibt, in das Konzept der Besitzverschaffungsmacht zu integrieren. Die §§ 135 Abs. 2, 2113 Abs. 3 BGB, 366 HGB, 325 Abs. 2 ZPO mögen an je unterschiedliche Regeln anknüpfen, was die fehlende Rechtsmacht des Veräußerers und – dem korrespondierend – die Redlichkeit des Erwerbers angeht; mit der Besitzverschaffungsmacht als tragendem Kriterium lassen sich alle Normen ohne weiteres zur Deckung bringen. Namentlich § 366 HGB paßt sich nahtlos in das System ein; die Frage, ob und inwieweit der Verfügende Kaufmann sein muß oder auch der Partner eines Scheinkaufmanns geschützt wird,<sup>538</sup> ist ebenso ein am Prinzip selbst nicht rüttelndes Zusatzproblem wie der Schutzzumfang der Norm – etwa im Hinblick auf eine Einbeziehung angeblicher Vertretungsmacht.<sup>539</sup>

---

<sup>538</sup> Vgl. – bejahend – GroßKomm/Canaris, § 366, 6; verneinend Schlegelberger/Hefermehl, § 366, 26.

<sup>539</sup> Vgl. – bejahend – K. Schmidt, Handelsrecht § 22 III; verneinend GroßKomm/Canaris, § 366, 27; zuletzt die umfangreiche Darstellung bei M. Reinicke, AcP 189, 79ff.; vgl. zu diesem Problem noch § 9 Fn. 151.

## § 8 Die Position des Rechtsinhabers als Schranke des redlichen Erwerbs

### I. Der unmittelbare Besitz des Rechtsinhabers

Obleich dem Lehrbuch entnommen und in der Praxis kaum von Belang, ist das folgende Beispiel doch mit all den Streitfragen verflochten, die sich um eine korrekte Interpretation der §§ 933 f. BGB mühen. Paradigmatisch weist es die richtige Lösung.

Der Eigentümer hatte einem Dritten den Nießbrauch an der Sache eingeräumt, sie sodann zurückgemietet und dabei wieder in Besitz genommen. Der Nießbraucher veräußert das Gut unter Zession des Herausgabeanspruchs aus dem Mietvertrag.<sup>1</sup>

Die Verfechter redlichen Erwerbs<sup>2</sup> können selbstredend auf den Wortlaut des § 934 Fall 1 BGB verweisen, ohne daß sich damit die Zweifel restlos ausmerzen lassen. Die Einwendung des § 986 Abs. 1 BGB<sup>3</sup> als Schutz des Mieters und bisherigen Eigentümers reicht nicht aus; sie fußt lediglich auf dem Mietvertrag und teilt dessen Schicksal der begrenzten Dauer,<sup>4</sup> geht bei Besitzaufgabe unter,<sup>5</sup> hilft über den Verlust des Eigentums und der Verfügungsbefugnis als solche nicht hinweg.

Modellcharakter hat hingegen § 936 Abs. 3 BGB. Die Norm schirmt den dinglich Berechtigten vor dem Verlust durch redlich lastenfreien Erwerb ab, soweit er über die Sache die unmittelbare Gewalt ausübt; ist der unmittelbare Besitzer gar Eigentümer, so liegt ein Erst-recht-Schluß nahe.<sup>6</sup> Diese Lösung ist nicht ohne Widerspruch

<sup>1</sup> Beispiel nach Schroeder, AcP 97, 384.

<sup>2</sup> So Planck/Brodmann, § 934, 3; RGRK/Pikart, § 934, 7; Wellspacher, Vertrauen S. 14 Fn. 25; Michalski, AcP 181, 417, der eine Analogie zu § 935 Abs. 1 BGB erwägt, im Ergebnis aber verwirft; wohl auch RG Gruchot 53, 692, 695, wo aber die Eigentümer (zumindest auch) dem Erwerber gegenüber einen Herausgabeanspruch begründeten, so daß aus dessen Sicht eine Genehmigung vorlag (so RG Gruchot 53, 692, 696).

<sup>3</sup> So etwa Wellspacher, Vertrauen S. 14 Fn. 25; ähnlich Müller, AcP 137, 93 f., der aus einem argumentum a fortiori aber den Erwerb des Eigentums verneint; der korrekte Anknüpfungspunkt dürfte § 936 Abs. 3 BGB in analoger Anwendung sein; vgl. dazu sogleich im Text.

<sup>4</sup> RGRK/Pikart, § 934, 7; Boehmer, II 2 S. 35.

<sup>5</sup> Planck/Brodmann, § 934, 3.

<sup>6</sup> So schon Schroeder, AcP 97, 384; vgl. ferner Palandt/Bassenge, § 934, 2a; § 936, 3; MünchKomm/Quack, § 936, 21; Staudinger/Bergl<sup>1</sup>, § 936, 9; Wolff/Raiser, § 70 II Fn. 5; Baur, § 52 VI 1 e mit Fn. 1; GroßKomm/Canaris, § 363, 112; Boehmer, II 2 S. 35; Marotzke, Anwartschaft S. 132; Egert, Rechtsbedingung S. 120 f.; Probst, ZHR 101, 227 ff.; Westermann, § 50, 3, dessen Beispiel aber schief ist, da dort nur ein Lieferungs-, kein Herausgabeanspruch zediert wird; vgl. dazu schon oben § 7 IV 2 c (1). – Kühlberg, Verkehrsschutz S. 72 (ähnlich Medicus, Festschrift für Hübner S. 619 und Michalski, AcP 181, 417; vgl. dazu aber schon Fn. 2) will in einem vergleichbaren Fall mit einem Erst-recht-Schluß aus § 935 Abs. 1 BGB helfen (vgl. schon oben § 7 IV 1 c (1) mit Fn. 181). Mit der Kategorie der Zurechnung hat dies jedoch nichts zu tun. Denn den Rechtsschein mittelbaren Besitzes – exakter die Fähigkeit des Verfügenden, seinem Partner einen Herausgabeanspruch zu verschaffen – hat der Eigentümer zurechenbar veranlaßt, auch wenn er den unmittelbaren Besitz behält.

geblieben: § 936 Abs. 3 BGB meine nur Rechte Dritter, stehe einem Erwerb, von dem der Eigentümer selbst betroffen werde, nicht im Wege. Bei unmittelbarem Besitz eines Dritten habe der Erwerber zwar mit dessen dinglicher Befugnis zu rechnen, während der Eigentümer, der einem Dritten den Besitz mittle, angesichts des § 934 BGB, der gerade den guten Glauben an das Recht des mittelbaren Besitzers schütze, sich hierauf nicht berufen könne. Er habe schließlich den Rechtsschein selbst provoziert.<sup>7</sup> Das greift in mehrfacher Hinsicht zu kurz. Zum einen wird der Hinweis auf die vom Eigentümer selbst veranlaßte Vertrauensgrundlage, selbst wenn ihr ansonsten Gewicht zukommen sollte, dem Problem nicht gerecht, weil die Ratio des § 936 Abs. 3 BGB nicht aus dem fehlenden Rechtsschein gespeist wird. Durch mittelbaren Besitz ist der Verfügende dort sehr wohl ausgewiesen, durchaus imstande, den Herausgabeanspruch zu übertragen. Daß der Erwerb trotzdem mißlingt, liegt an der starken Stellung des Berechtigten, der angesichts seines unmittelbaren Besitzes dem redlichen Erwerb nicht zu weichen braucht.<sup>8</sup> Bei einem mittelbar besitzenden Eigentümer ist das nicht weniger der Fall als etwa bei einem Pfandgläubiger. Muß der Erwerber mit der Befugnis des Dritten rechnen, so nicht nur bei beschränkt dinglichen Rechten an fremder Sache,<sup>9</sup> sondern auch, ja erst recht, beim Eigentum des Besitzers. Alles andere liefe auf eine wenig einsichtige, geschweige denn teleologisch abgesicherte Beeinträchtigung des Eigentums gegenüber beschränkt dinglichen Rechten hinaus.

## II. Der Herausgabeanspruch des Rechtsinhabers

### 1. Die Rechtfertigung des § 933 BGB

Die in den §§ 929, 931, 932, 934 BGB vorgezeichnete Linie bricht bei den §§ 930, 933 BGB ab. Es genügt nicht mehr die Erfüllung des Grundtatbestandes; die Vorschrift knüpft den Erwerb erst an die Einräumung des unmittelbaren Besitzes. Allerdings hat sich die h. M. zu Konzessionen bereit erklärt. So korrespondiert der Begriff der Übergabe dem weiten Verständnis des § 929 S. 1 BGB;<sup>10</sup> in Parallele zu § 936 Abs. 1 S. 3 BGB kann der Verfügende die Sache einem Dritten überantworten, wenn dieser von vornherein nur Besitzmittler des Erwerbers, nicht des Veräußerers

<sup>7</sup> Planck/Brodmann, § 934, 3; RGRK/Pikart, § 934, 7.

<sup>8</sup> RGRK/Pikart, § 936, 16; Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 936, 9.

<sup>9</sup> Heck, Sachenrecht § 59, 6; Brox, JuS 1984, 659; den Gegenschluß zieht Planck/Brodmann, § 934, 3.

<sup>10</sup> RGZ 137, 23, 25; BGHZ 67, 207, 208; BGH NJW 1959, 2206; WM 1977, 1353, 1355; Jaurnig, § 933, 2; Palandt/Bassenge, § 933, 2b; MünchKomm/Quack, § 933, 5; RGRK/Pikart, § 933, 4; Baur, § 52 II 3b; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 27; Wacke, Besitzkonstitut S. 48 Fn. 113; Gerhardt, Mobiliarsachenrecht § 12, 3 = S. 97; Michalski, AcP 181, 385. Die Modalität der Übergabe (vgl. BGHZ 67, 207, 209 einerseits; Damrau, JuS 1978, 520ff. andererseits) braucht hier nicht vertieft zu werden.

ist<sup>11</sup> oder aber der Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer anschließend an den Käufer zediert wird.<sup>12</sup> Schon dies, vor allem aber die Koordinierung mit § 934 BGB, dessen erste Alternative ohnehin ihrem Wortlaut nach nur die Zession des mittelbaren Besitzes bzw. des Herausgabeanspruchs fordert, bei dessen zweiter Alternative sich die ganz h.M. mit mittelbarem Besitz, der insoweit notwendig mit dem Herausgabeanspruch koinzidiert, zufrieden gibt,<sup>13</sup> kurz die Erkenntnis, daß man die Norm nicht von einer pauschalen Disprivilegierung des mittelbaren Besitzes her legitimieren kann,<sup>14</sup> hat die Dogmatik seit jeher vor subtilen Fragen gestellt, die nach wie vor einer restlos befriedigenden Antwort harren.

#### a) Die unzureichende Position des Erwerbers

Vom Standpunkt der h.M. aus wäre es ein schlechterdings aussichtsloses Unterfangen, § 933 BGB auf das Fehlen eines Rechtsscheins zurückführen zu wollen. Wäre konkretes Vertrauen der ausschließliche oder vorrangige Geltungsgrund der §§ 932 ff. BGB, so stünde dieses dem Erwerber in besonderer Weise an: Ist sein Partner doch nicht nur durch mittelbaren, sondern sogar durch unmittelbaren Besitz ausgewiesen.<sup>15</sup> Auch die Besitzverschaffungsmacht allein kann die Vorschrift nicht erklären, da der Erwerber den Herausgabeanspruch bzw. mittelbaren Besitz, wie ihn § 934 BGB für ausreichend erklärt, gerade erhalten hat.

(1) *L. Raiser* hat allerdings im Anschluß an *M. Wolff* die im Detail nicht näher untermauerte These verfochten, mit dem Scheitern der Übereignung mißlinge nach § 139 BGB auch die Begründung des mittelbaren Besitzes.<sup>16</sup> Das könnte immerhin in ein Konzept passen, das den Käufer mangels einer hinreichenden Besitzstellung vom Redlichkeitsschutz ausschließt.

<sup>11</sup> RGZ 137, 23, 25 ff.; BGH WM 1960, 397, 398; 1977, 1353, 1355; *Jauernig*, § 933, 2; *Palandt/Bassenge*, § 933, 2b; MünchKomm/Quack, § 933, 8; RGRK/Pikart, § 933, 4; *Baur*, § 52 II 3b mit Fn. 2; *Schwab*, Sachenrecht § 32 IV 3; a.A. *Wacke*, Besitzkonstitut S. 44 ff.; *Römer*, Mobiliärerwerb S. 252 f. – Die Forderung vom BGHZ 67, 207, 209 nach unmittelbarem Besitz des Erwerbers ist wohl nur ein herkömmliche Thesen nicht in Frage stellendes obiter dictum.

<sup>12</sup> *Palandt/Bassenge*, § 933, 2b; *Soergel/Mühl*, § 933, 3; RGRK/Pikart, § 933, 10; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 933, 2; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2c; *Deutsch*, JZ 1978, 387 f.; *Tiedtke*, WM 1978, 450; a.A. *Planck/Brodmann*, § 933, 2b (Fall des § 934 Fall 1 BGB). Sachlich keinen Unterschied bedeutet die alternativ genannte Anweisung des Veräußerers an den unmittelbaren Besitzer, mit dem Erwerber einen Herausgabeanspruch zu vereinbaren.

<sup>13</sup> Vgl. oben § 7 IV 2b (4) mit Fn. 223.

<sup>14</sup> So freilich *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 III 2a; *Deutsch*, JZ 1978, 389.

<sup>15</sup> *Gerhardt*, Mobiliarsachenrecht § 12, 3 = S. 97; *Schmitz*, JuS 1975, 720; vgl. auch die rechtspolitische Kritik bei *Heck*, Sachenrecht § 59, 4; v. *Lübnow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 212 f.; *Stillschweig*, S. 50; *Wellspacher*, Vertrauen S. 9 mit dem Vorschlag, § 933 BGB auf Fälle zu begrenzen, in denen der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist; die Konzeption des § 933 BGB verteidigen dagegen etwa *Wolff/Raiser*, § 69 II 2c mit Fn. 19 und vor allem *Boehmer*, II 2 S. 30 f.

<sup>16</sup> *Wolff/Raiser*, § 69 II 2c Fn. 18; ebenso schon *Wolff*, § 69 II 2c mit Fn. 17.



So einmütig die h.M. dem ihre Billigung versagt,<sup>17</sup> so sehr verzettelt sie sich in einen unfruchtbaren Streit über die richtige Begründung. Der Hinweis, § 139 BGB meine nicht Fälle bloßer Erfolglosigkeit<sup>18</sup> oder thematisiere nicht das Fehlen eines zur Verfügung notwendigen Realaktes,<sup>19</sup> wiegt wenig mit Blick auf die ebenso plausible Deutung, die Verfügung sei mangels Zustimmung des Berechtigten gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 BGB lediglich schwebend unwirksam und nicht nur erfolglos.<sup>20</sup> Ähnlich unproduktiv verläuft die Kontroverse, ob statt der „Widerlegung des § 139 BGB“ die Umdeutung nach § 140 BGB<sup>21</sup> oder eine erläuternde<sup>22</sup> bzw. ergänzende Auslegung nach § 157 BGB<sup>23</sup> der dogmatisch korrekte Weg sei. Nur einen Teil der Problematik deckt schließlich der Vorschlag ab, der unter Verzicht auf das Institut der Anwartschaft die bedingte, durch späteren Rechtserwerb des Verfügenden kon-

<sup>17</sup> BGHZ 50, 45, 48f.; MünchKomm/Mayer-Maly, § 139, 18; MünchKomm/Quack, § 933, 13 sowie mit unterschiedlichen dogmatischen Begründungen etwa *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 560; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 54ff.; *Michalski*, AcP 181, 390ff.; vgl. hierzu genauer die Nachw. in Fn. 21–24.

<sup>18</sup> *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 560; *Harms*, Sachenrecht S. 159.

<sup>19</sup> MünchKomm/Mayer-Maly, § 139, 18; *Michalski*, AcP 181, 394. Auch die Überlegung von *Michalski*, AcP 181, 393, § 139 BGB meine nur Rechtsgeschäfte, die kraft Parteiabrede, nicht dagegen solche, die kraft Gesetzes miteinander verflochten seien, den Parteien bleibe hier nur der Weg einer auflösenden Bedingung, entbehrt der Überzeugungskraft. Näher als der Umkehrschluß läge das argumentum a fortiori.

<sup>20</sup> *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 56 Fn. 11; vgl. hierzu etwa BGHZ 40, 218, 222: Umdeutung eines nach Verweigerung einer Genehmigung nichtigen Geschäfts.

<sup>21</sup> *Palandt/Bassenge*, § 929, 6 C a; *Soergel/Mühl*, § 929, 44; § 930, 46; § 933, 1; § 934, 3 (teilweise unter Hinweis auf § 139 BGB); MünchKomm/H. P. *Westermann*, § 455, 71; *Staudinger/Honsell*, § 455, 40; *Baur*, § 52 II 3c; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 55f.; *Schwab*, Sachenrecht § 32 IV 3; *Enneccerus/Nipperdey*, § 202 V = S. 1223; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 383; unentschieden zwischen Auslegung und Umdeutung *Westermann*, § 48 I 1; *Tiedtke*, Jura 1983, 466; *Derleder*, JuS 1979, 479 Fn. 10; ohne dogmatische Begründung *Jauernig*, § 933, 4.

<sup>22</sup> BGHZ 20, 88, 101; 35, 85, 90f.; 50, 45, 49f.; BGH NJW 1986, 1985, 1986; WM 1957, 1057, 1058; 1959, 52f.; 1959, 813, 815f. (unter ausdrücklicher Ablehnung der Umdeutung nach § 140 BGB) jeweils für die Auslegung einer nach § 933 BGB fehlgeschlagenen Übereignung als Übertragung der Anwartschaft; das Gericht schließt daraus ferner, daß mittelbarer Besitz entstanden sei (vgl. z. B. BGHZ 50, 45, 48f.).

<sup>23</sup> *Serick*, I § 11 III 1 = S. 257 mit umfangr. Nachw. in Fn. 73. Die von *Serick* versprochene Begründung (aaO. Fn. 74) bleibt ohne Überzeugungskraft: In Band II § 23 III 2 = S. 257f. behandelt *Serick* die Frage, ob eine fehlgeschlagene (zweite) Sicherungsübereignung in eine Zession des Rückgabeanspruchs gegen den jetzigen Sicherungsnehmer umgedeutet werden kann, und lehnt das wegen der Benachteiligung des zweiten Sicherungsnehmers im Konkurs des Sicherungsgebers ab. Abgesehen davon, daß die Argumente auch eine zum selben Ergebnis führende Auslegung ausschließen müßten, ist schon die Prämisse *Sericks* nicht stringent. Die Zession des schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückübertragung der Sache durch den Sicherungsgeber an den zweiten Fiduziar hindert nicht die Konvaleszenz der zweiten, mangels Berechtigung des Abtretenden zunächst wirkungslosen Verfügung. Denn die Zession läuft der fehlgeschlagenen Übereignung parallel, verdrängt sie nicht. Wie *Serick* plädieren für die Lösung über § 157 BGB AK/*Reich*, § 929, 27; *Lange/Scheyhing*, Fälle zum Sachenrecht S. 50; *Lange*, JuS 1969, 163.

valeszierende Übereignung in den Vordergrund rückt.<sup>24</sup> Spätestens dort, wo der Veräußernde nicht Vorbehaltskäufer, sondern etwa Mieter war, die Bedingung also definitionsgemäß nicht eintreten kann, stößt das Argument an seine Grenzen.

Ungeachtet der diffusen konstruktiven Durchführung ist der h. M. zuzustimmen. Mit der auf den ersten Anlauf mißlungenen Übereignung geht jedenfalls ein schuldrechtlicher Vertrag einher, der die Pflichten des Verfügenden, etwa als Mieter, detailliert festschreibt, auch einen – regelmäßig noch nicht fälligen – Herausgabeanspruch statuiert.<sup>25</sup> Wer aufgrund des Scheiterns der Veräußerung auf Totalnichtigkeit des Geschäfts schließt, könnte nicht beim Herausgabeanspruch stehenbleiben, sondern wäre konsequenterweise gehalten, auch die Einigung selbst als nichtig zu betrachten.<sup>26</sup> Das würde die Übergabemodalität der §§ 930, 933 BGB ihrer Funktion weitgehend entkleiden, will man sich nicht zu der zweifelhaften Konstruktion bekennen, mit der Einräumung des unmittelbaren Besitzes wiederholten die Partner prophylaktisch den dinglichen Vertrag.<sup>27</sup>

Nicht zuletzt führt der in den §§ 139, 140, 157 BGB in gleicher Weise einzukalkulierende hypothetische Wille der Parteien, ihr auch bei der erläuternden Auslegung einzubeziehendes objektives Interesse zu dieser Interpretation. Wenn schon nicht, wie vereinbart, das Eigentum übertragen werden kann, so geht wenigstens die Anwartschaft über; besteht auch sie nicht oder nicht in der Hand des Verfügenden, zumindest der mittelbare Besitz. Mögen auch die weitergehenden Geschäfte scheitern, so will der Erwerber zumindest dasjenige erhalten, was rechtlich möglich ist: Wird seinen Belangen dadurch doch zumindest zum Teil Rechnung getragen.<sup>28</sup> Daß er den Kredit auf eine bloße Anwartschaft oder gar den mittelbaren Besitz allein nicht bewilligt hätte,<sup>29</sup> heißt nicht, daß er, da er ihn ausgegeben hat, darauf verzichte oder es gar ablehne, wenigstens die geringeren Befugnisse zu bekommen – und sei es nur, um für die bereicherungsrechtliche Abwicklung ein Zurückbehaltungsrecht ausüben zu können. Die schuldrechtliche Vereinbarung mag zunichte gemacht werden und so auch der Kreditvergabe den Rechtsgrund entziehen, doch ändert das nichts am Ergebnis: Der Gläubiger hat zum einen die Wahl, wie er vorgehen will; zudem entfallen wegen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips mit dem obligatorischen Vertrag noch nicht die Vollzugsgeschäfte. Der Veräußerer seinerseits hat sich immerhin auf die fehlgeschlagenen Übertragungen eingelassen; er kann nunmehr nicht ins Feld führen, die Anwartschaft oder den mittelbaren Besitz habe er

<sup>24</sup> *Kupisch*, JZ 1976, 424 f.; *Lempenau*, Direkterwerb S. 33 f.

<sup>25</sup> *Baur*, § 52 II 4 b.

<sup>26</sup> *Michalski*, AcP 181, 395.

<sup>27</sup> Vgl. dazu unten § 8 II 1 a (4).

<sup>28</sup> So auch BGHZ 50, 45, 48 f. mwN. im Rahmen der „Widerlegung des § 139 BGB“; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 56 im Rahmen des § 140 BGB, der auf S. 66 f. beim Parallelproblem der mangels Berechtigung fehlgeschlagenen Übereignung und ihrer Aufrechterhaltung als Verfügung über die Anwartschaft die Irrelevanz der Abgrenzung zwischen Auslegung, Umdeutung und Teilnichtigkeit betont; *Soergel/Mühl*, § 930, 46 im Rahmen der Auslegung.

<sup>29</sup> *Kupisch*, JZ 1976, 424.

nicht einräumen wollen. Sein Äquivalenzinteresse wird nicht in Mitleidenschaft gezogen, weil er im Ergebnis dem Partner eine geringerwertige Position verschafft hat, als mit den Verfügungserklärungen intendiert war.<sup>30</sup> Nicht eine in ihrer dogmatischen Anknüpfung und Abgrenzung höchst schemenhafte Anbindung an die §§ 139, 140 oder § 157 BGB gibt also den Ausschlag, sondern die normübergreifende Analyse der Interessen,<sup>31</sup> was sich nicht zuletzt darin manifestiert, daß die genannten Argumente unabhängig von der jeweils gewählten Verankerung die Diskussion beherrschen.<sup>32</sup>

(2) Anhänger der objektiven Besitztheorie messen einer einseitigen Aufkündigung des Oberbesitzes durch den Besitzmittler so lange keine Bedeutung bei, als das zugrunde liegende Rechtsverhältnis intakt ist.<sup>33</sup> Darauf aufbauend hat *Boehmer* bereits den Besitzerwerb des dritten Käufers verneinen wollen: Er werde nicht mittelbarer Besitzer, mithin auch nicht Eigentümer.<sup>34</sup> Auch das würde § 933 BGB – vom Konzept der Besitzverschaffungsmacht her gedacht – als Folge des mangelnden Vollzugsmoments akzentuieren.

Ob damit das rechtliche Können mit dem Sollen identifiziert wird, was sich freilich beim weithin durch die Sachherrschaft geprägten Besitz verbietet,<sup>35</sup> mag auf sich beruhen; wesentlich gravierender fällt der Widerspruch zur eigenen Prämisse ins Gewicht. Abstrahiert die objektive Theorie den mittelbaren Besitz von der konkreten Bereitschaft des Besitzmittlers, die Herrschaft auch für den Gläubiger des Herausgabeanspruchs auszuüben, was nichts anderes besagen will, als daß sie den Herausgabeanspruch auf eine Stufe mit dem mittelbaren Besitz stellt,<sup>36</sup> so müßte sie konsequenterweise bereits bei der Rechtsmacht des mittelbaren Besitzers ansetzen, mit dem Erwerber eine wirksame Forderung zu vereinbaren. Nur wo diese Fähigkeit gezeugnet wird, kann auch der darauf fußende mittelbare Besitz fehlen. Es ist andererseits eine bare Selbstverständlichkeit, daß der unmittelbare Besitzer mehrere schuldrechtliche Abreden treffen kann, die ihn zur Herausgabe der Sache verpflichten. Zwar wird mit der Übergabe der Sache an einen der Gläubiger die Erfüllung der konkurrierenden Verbindlichkeit regelmäßig unmöglich, was aber nicht heißt, daß dieses Schuldverhältnis nicht ursprünglich wirksam begründet sei<sup>37</sup> – mag der

<sup>30</sup> Die Nichtigkeitsnormen gewähren kein Reuerecht für den, der durch die gesetzeskonforme Regelung weniger belastet wird als durch das intendierte Geschäft; vgl. *J. Hager*, S. 113, 179 mwN.

<sup>31</sup> Ausführlich *J. Hager*, S. 132 ff.

<sup>32</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 28.

<sup>33</sup> Vgl. die Nachw. in § 7 Fn. 227.

<sup>34</sup> *Boehmer*, II 2 S. 44 für den Parallelfall des § 934 Fall 2 BGB; § 933 BGB müßte demselben Legitimationsmuster unterworfen sein; ablehnend *Wolff/Raiser*, § 69 II 2 d Fn. 22; *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 613 Fn. 12; *Brem*, Nebenbesitz S. 35; *Weise*, Dogmatik S. 25 f.

<sup>35</sup> So *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 613 Fn. 12.

<sup>36</sup> Vgl. die Nachw. in § 7 Fn. 227.

<sup>37</sup> Vgl. nur BAG AP Nr. 1 zu § 306 BGB mit zustimmender Anm. von *Beitzke*; MünchKomm/*Kramer*, vor § 241, 19; MünchKomm/*Voelskow*, § 541, 10; *Soergel/M. Wolf*, § 306, 15; *Staudinger/Löwisch*, § 306, 12; *Schnorr v. Carolsfeld*, Festschrift für Reinhardt S. 162 f. Selbst aus der Erfüllung der Pflicht an einen der Gläubiger folgt nicht ohne weiteres Unvermö-

Schuldner doch durchaus noch schwanken, welchem Anspruch er nachkommen will. Mehrfachen mit der Forderung parallel laufenden mittelbaren Besitz dürfte die objektive Theorie angesichts ihrer eigenen Thesen nicht in Abrede stellen.

#### b) Die Besitzaufgabe des Verfügenden

Angesichts des Dilemmas, § 933 BGB – insbesondere im Kontrast zu § 934 BGB – weder aus dem Gedanken des Rechtsscheins legitimieren zu können noch tragfähige Kriterien in der Position des Erwerbers zu entdecken, richtet die h. M. ihr Augenmerk auf den Besitz des Verfügenden. Die *Schaffung* mittelbaren Besitzes genüge anders als seine *Übertragung* (noch) nicht; das Manko werde erst kompensiert, wenn der Veräußerer den von ihm bislang ausgeübten unmittelbaren Besitz seinem Partner einräume.<sup>38</sup> Einzig der restlose Verlust – im Hinblick auf § 934 Fall 2 BGB exakter die Tatsache, daß der Veräußerer keinerlei Besitz mehr ausübe<sup>39</sup> – vollende den redlichen Erwerb.<sup>40</sup> Das Modell sei insbesondere tauglich, die Diskrepanz zwischen § 933 BGB und § 934 BGB zu erläutern: Im ersten Fall verbleibe dem Veräußerer unmittelbarer Besitz, während bei der Zession des Herausgabeanspruchs, wie auch angesichts dessen Fehlens bei Begründung mittelbaren Besitzes zwischen dem Erwerber und dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt, jede besitzrechtliche Beziehung aufgegeben sei.<sup>41, 42</sup> Diese Interpretation kann sich immerhin

---

gen des Schuldners, sondern nur dann, wenn feststeht, der Schuldner werde außerstande sein, die Verfügungsmacht wieder zu erlangen (*Staudinger/Löwisch*, § 275, 40 mwN.).

<sup>38</sup> Vgl. etwa RGZ 126, 21, 25f.; BGHZ 50, 45, 49; 56, 123, 129; BGH NJW 1959, 2206; 1978, 696; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 48; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 26.

<sup>39</sup> *Lange*, JuS 1969, 165.

<sup>40</sup> RGZ 137, 23, 25, 27; BGHZ 50, 45, 49f., 52; 56, 123, 130f.; BGH WM 1962, 818, 820; 1977, 1353, 1355; OLG München NJW 1970, 667; *Jauernig*, § 933, 2; *Palandt/Bassenge*, § 933, 2b; *Erman/A. Schmidt*, § 933, 2; AK/*Dubischar*, vor §§ 854ff., 51; MünchKomm/*Quack*, § 933, 6; RGRK/*Pikart*, § 932, 16; § 933, 4; *Baur*, § 52 II 3a; *Gerhardt*, Mobilarsachenrecht § 12, 3 = S. 97; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 59f., 74; *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 623; *Becker*, Effektingiroverkehr S. 28ff., 32ff., 42 und öfter; *Wiegand*, JuS 1974, 204; *Wadde*, JZ 1974, 695; *Tiedtke*, WM 1978, 450. *Deutsch*, JZ 1978, 387 legt den Akzent auf die Übertragung des Rechtsscheins vom Veräußerer auf den Erwerber, was indes nichts anderes besagt als das Erfordernis der Aufgabe des Besitzes, den *Deutsch*, JZ 1978, 388 als Rechts-scheinträger begreift.

<sup>41</sup> BGHZ 50, 45, 49f., 52; 56, 123, 130f.; zustimmend die ganz überwiegende Ansicht; vgl. etwa *Jauernig*, § 934, 2a aa; *Palandt/Bassenge*, § 934, 2a; *Erman/A. Schmidt*, § 934, 1; RGRK/*Pikart*, § 934, 2; *Baur*, § 52 I 1a aa mit Fn. 2; § 52 II 4a; *Westermann*, § 48 II 2; *Schwab*, Sachenrecht § 32 IV 4a; *Gerhardt*, Mobilarsachenrecht § 12, 4 = S. 99f.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 34; *ders.*, WM 1978, 449; *Wiegand*, JuS 1974, 203, 204; *Schmitz*, JuS 1975, 720; *Michalski*, AcP 181, 421; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 60; *Lange/Scheyhing*, Fälle zum Sachenrecht S. 51. *Serick*, II § 23 I 8 = S. 245f. und ihm folgend *Reich*, Sicherungsübereignung S. 42 meinen, die Unterschiede nivellierten sich wegen der Anforderungen an die Redlichkeit.

Skeptisch *Soergel/Mühl*, § 934, 4; *Lange*, JuS 1969, 165, die die Ansicht des BGH jedoch mit Rücksicht auf die Kontinuität der Rechtsprechung verteidigen.

A. A. AK/*Reich*, § 934, 7; *Wolff/Raiser*, § 69 II 2d; *Boehmer*, II 2 S. 33; *Wellspacher*, Vertrauen S. 12; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 50; *Picker*, AcP 188, 516ff.; *Medicus*, Festschrift für

auf die Motive stützen, die im Belassen der Sache in den Händen des Veräußerers einen Vertrauensbeweis sahen, dessen Gefahr ohne Unbilligkeit den Veräußerer treffe.<sup>43</sup> Es bestehe mithin kein Grund, das Vertrauen des Erwerbers stärker zu schützen als dasjenige des Eigentümers.<sup>44</sup> Die Hoffnung, die Unstimmigkeiten mit Hilfe dieses Konzepts auffangen zu können, trügt indes.

(1) Daß das Gesetz in § 933 BGB und § 934 Fall 2 BGB zwei unterschiedliche Begriffe der Besitzerlangung verwendet, scheinen die Formulierungen hier des § 933 BGB, der von Übergabe spricht, dort des § 934 Fall 2 BGB, der nur Erlangung des Besitzes fordert, getreulich widerzuspiegeln.<sup>45</sup> § 936 Abs. 1 S. 3 BGB faßt für die Parallelsituation einer dinglichen Belastung des veräußerten Gegenstandes beide Modalitäten unter dem Terminus der Besitzerlangung zusammen und zwingt die h.M. damit zu einer differenzierten Auslegung ein und desselben Begriffes.<sup>46</sup> Das alles mag man noch als philologische Spitzfindigkeit abtun.

---

Hübner S. 612, allerdings nur für den Bereich des Nebenbesitzes, nicht dagegen durchgängig; Müller, AcP 137, 87; Wieser, JuS 1972, 568 Fn. 7; auch schon die Mindermeinung in den Prot. VI 263 = 8607 = Mugdan III 634; uneinheitlich Harms, Sachenrecht S. 159f., der einerseits die h.M. kritisiert, andererseits doch wieder die Besitzaufgabe durch den Erstverkäufer entscheiden läßt, ferner § 934 BGB Bedeutung in den Fällen widersprüchlicher Besitzmittlung beimißt, die er andererseits gerade mit der Lehre vom Nebenbesitz lösen will.

Ablehnend zur h.M. für den Bereich der Sicherungsübereignung auch Fischer, Weiterbildung S. 38 Fn. 49; der indes außer acht läßt, daß man außerhalb dieses Komplexes mit genau denselben Schwierigkeiten konfrontiert wird; vgl. nur die Kritik von Gursky und Michalski jeweils aaO.

<sup>42</sup> Michalski, AcP 181, 419 will davon als zweite Regel absetzen, nicht die Schaffung, wohl aber die Übertragung mittelbaren Besitzes reiche aus. In Wirklichkeit läßt sie sich aber auf den ersten Grundsatz zurückführen, was denn auch Michalski selbst exemplifiziert. Die Sonderrolle des § 934 Fall 2 BGB, der die Schaffung mittelbaren Besitzes genügen läßt, legitimiert Michalski aus der Korrektivfunktion der Norm bei einer fehlgeschlagenen Abtretung; letztendlich gebe den Ausschlag, daß der Veräußerer in keiner besitzrechtlichen Verknüpfung zur Sache mehr stehe (AcP 181, 421).

<sup>43</sup> Mot. III 345 = Mugdan III 192; bestätigt von Prot. III 209 = 3704 = Mugdan III 632. – Mot. III 345 = Mugdan III 192 wollen den vom redlichen Erwerb bedrohten Eigentümer davor schützen, daß sich der ihn treffende Rechtsverlust hinter einem so wenig ersichtlichen Akt wie dem Besitzkonstitut verstecke. Fehlende Offenkundigkeit charakterisiert aber das Besitzkonstitut auch in anderen Fällen, ohne daß § 934 BGB daraus die Konsequenz zöge. Selbst die tatsächliche Übergabe kann der Kenntnis des Eigentümers entzogen sein (vgl. v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 212; Wellspacher, Vertrauen S. 7; Stillschweig, S. 49; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 59f.), auf Transparenz für Dritte verzichtet das Gesetz (v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 212; Wellspacher, Vertrauen S. 8; Stillschweig, S. 49). Den Gefahren von Schiebungen – soweit speziell § 933 BGB sie verhindern soll (so Boehmer, II 2 S. 31; zweifelnd Baur, § 52 II 3 a) – läßt sich durch die Strenge des Redlichkeitsmaßstabes begegnen.

<sup>44</sup> Wolff/Raiser, § 69 II 2 c; Westermann, § 48 vor I; Wacke, Besitzkonstitut S. 48 mit Fn. 115; Müller, AcP 137, 86f.; ähnlich Canaris, Vertrauenshaftung S. 522 Fn. 21; GroßKomm/Canaris, § 363, 99; Koller, DB 1972, 1859 Fn. 46.

<sup>45</sup> So ausdrücklich RG Gruchot 53, 692, 694; RGRK/Pikart, § 934, 12.

<sup>46</sup> Dieser Unterschied wird referiert, aber nicht näher kommentiert oder begründet; vgl.

(2) Nicht so mühelos läßt sich über die Mängel der teleologischen Absicherung hinweggehen. Der formale Unterschied zwischen Aufgabe und Übertragung des Besitzes erspart nicht die Frage nach der Bedeutung der Abgrenzung. Der Stellenwert einer Entäußerung der tatsächlichen Gewalt durch den Verkäufer für den von den §§ 932 ff. BGB intendierten Ausgleich konkurrierender Belange zwischen Eigentümer und Erwerber – und eben nicht zwischen jenem und dem Verfügenden<sup>47</sup> – ist schwer zu entschlüsseln. Die angebliche Identität der beiden Vertrauenserweise dem unmittelbaren Besitzer gegenüber – Eigentümer wie Erwerber begnügen sich je mit mittelbarem Besitz – paßt von der Theorie des Rechtsscheins her schlecht ins System. Auf die vom Besitz indizierte Berechtigung seines Partners hat sich der Erwerber auch verlassen, wenn er mit der Begründung eines Konstituts zufrieden ist. Er übernimmt lediglich das Risiko einer erneuten Veräußerung<sup>48</sup> – eine Gefahr, die mit dem Schicksal *seines* Erwerbs nichts zu tun hat. Selbst wenn der Besitzer die Sache erneut dem ehemaligen Eigentümer andienen sollte,<sup>49</sup> könnte das die frühere Verfügung nicht mehr ungeschehen machen, sondern allenfalls einen erneuten redlichen Erwerb in die Wege leiten. Mit anderen Worten: Im Konzept einer Rechtsscheinentsprechung hat die Besitzaufgabe als Differenzierungskriterium keine Funktion. Erst der darüber hinaus führende Gedanke, der Veräußerer vermeide es, die Position des Eigentümers zu zerstören,<sup>50</sup> trägt weiter – freilich nicht unter dem Aspekt identischen Vertrauens, sondern unter dem Blickwinkel der Zugriffsmöglichkeit des Rechtsinhabers.<sup>51</sup>

(3) Das Defizit der h. M. setzt sich geradlinig in disparaten Ergebnissen fort, die mit der Divergenz in der Besitzposition des Veräußerers nicht hinlänglich erhärtet sind. Der aus § 933 BGB destillierte Primat des Vorbehaltseigentums vor der Sicherungsübertragung<sup>52</sup> verbietet es erst recht, dem Zessionar des Herausgabeanspruchs als zweitem Sicherungsnehmer den Vorrang einzuräumen.<sup>53</sup> Einer Umgehung des § 933 BGB – der Nichtberechtigte lagert die Sache ein und zediert die darauf basierende Forderung gemäß den §§ 931, 934 Fall 1 BGB – könnte die These vollständiger Besitzaufgabe nichts entgegensetzen, zu einem abgewogenen Interessenausgleich schwerlich mehr beisteuern als den formalen Kontrast, der nicht aus sich

---

etwa *Planck/Brodmann*, § 936, 2a; *MünchKomm/Quack*, § 936, 17; *RGRK/Pikart*, § 936, 7; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 936, 8b, c.

<sup>47</sup> *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 612; *Picker*, AcP 188, 520; vgl. auch oben § 1 II, III. Auch wenn die Besitzverschaffung durch den Verfügenden die Interessenabgrenzung zwischen Eigentümer und Erwerber beeinflusst, so muß das für die Besitzaufgabe keineswegs in gleichem Maße gelten.

<sup>48</sup> *Heck*, Sachenrecht § 59, 4; v. *Lübnow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 212f.; ablehnend zur These eines identischen Vertrauensbeweises auch *Baur*, § 52 II 3a.

<sup>49</sup> *Wacke*, Besitzkonstitut S. 49 Fn. 115.

<sup>50</sup> *Wacke*, Besitzkonstitut S. 49 Fn. 115.

<sup>51</sup> Vgl. dazu unten § 8 II 1 c.

<sup>52</sup> Vgl. nur *MünchKomm/Quack*, § 933, 18; *Baur*, § 52 II 3 c.

<sup>53</sup> *Wellspacher*, Vertrauen S. 12; *Harms*, Sachenrecht S. 160; *Lange*, JuS 1969, 165; *Fischer*, Weiterbildung S. 38 Fn. 49.

selbst heraus plausibel wird; die Abtretung des mittelbaren Besitzes ist seiner Einräumung mitnichten notwendig überlegen, schon gar nicht, wenn man aus dem Blickwinkel des Rechtsscheins argumentiert.<sup>54</sup> Der Vergleich zwischen § 933 BGB und § 934 BGB fördert neue unerquickliche Diskrepanzen zutage. Da er angesichts eines nie ausgeübten Besitzes nur mehr formal dem Postulat der vollständigen Lösung Rechnung trägt, kontrastiert § 934 Fall 2 BGB mit der h.M., die am Rechtsschein des Besitzes als Legitimationsgrundlage festhält: Verstärkte sich die Rechtsmacht des Verfügenden doch gerade dadurch, daß er vor der Übereignung keinen Besitz innehatte.<sup>55</sup>

Eine isoliert betrachtete Theorie der Besitzverschaffungsmacht dürfte allenfalls beide Fälle gleich lösen, den Erwerb nach § 934 Fall 2 BGB aber nicht privilegieren. Die Zession des Herausgabeanspruchs hat den zweiten Sicherungsnehmer der Sache nicht stärker angenähert, als ihr der Zedent stand.<sup>56</sup> Die Identität von Veräußerer und Besitzer schmälert nicht die Qualität des erlangten Besitzes, mißt man ihn an dem Fall, in dem ein Dritter die Sache veräußert und sich der Besitzer anschließend mit dem Erwerber auf ein Besitzmittlungsverhältnis verständigt.<sup>57</sup>

Obendrein hätte man Verfügungen des unmittelbaren Besitzers unter Zustimmung eines Dritten von dessen Veräußerung im eigenen Namen, verknüpft mit der Zession des Herausgabeanspruchs, zu trennen. Das äußere Erscheinungsbild braucht sich kaum abzuheben, und doch schlägt in der ersten Alternative der Erwerb angesichts des § 933 BGB fehl, während ihn § 934 Fall 1 BGB in der zweiten zu garantieren scheint.

Der auf den ersten Blick recht theoretisch anmutende Vergleich gewinnt Bedeutung spätestens bei den etwas komplizierten Übereignungsmodalitäten und Besitzgebäuden, die den Effektingiroverkehr charakterisieren. Schon die Konstruktion des Platzgeschäfts unter Einschaltung zweier Girobanken und der Wertpapiersammelbank<sup>58</sup> ist von dem Bestreben geleitet, die Person des Verfügenden von der des Besitzmittlers zu sondern, um einer Kollision mit § 933 BGB aus dem Weg zu gehen: Die Girobank des Verkäufers bietet sich nicht zuletzt deshalb an und wird denn auch von der h.M. gewählt, weil sie den Besitz völlig abgibt, während der Erwerb zum Scheitern verurteilt wäre, verstünde man die Wertpapiersammelbank als Verfügende.<sup>59</sup> Die Person des Veräußerers mit Rücksicht auf einen möglichst

<sup>54</sup> Wacke, Besitzkonstitut S. 52 mit Fn. 120.

<sup>55</sup> Wacke, Besitzkonstitut S. 53; Lange, JuS 1969, 165.

<sup>56</sup> BGHZ 50, 45, 51 f. spricht sogar davon, der zweite Sicherungsnehmer sei der Sache ferner gerückt, als ihr der erste Sicherungsnehmer und Zedent gestanden habe.

<sup>57</sup> Harms, Sachenrecht S. 160 (dessen eigene Abgrenzung angesichts der Verweisung auf Fälle des Geheißerwerbs unklar bleibt). Der Sachverhalt liegt sehr kompliziert. Der nichtberechtigste unmittelbare Besitzer veräußert nach den §§ 930, 933 BGB. Die anschließende Zession des Herausgabeanspruchs führt wegen der Bösgläubigkeit des Zessionars nicht zu dessen Eigentumserwerb. Schließlich übereignet der Zedent die Sache erneut; der unmittelbare Besitzer erkennt den Erwerber als Oberbesitzer an.

<sup>58</sup> Vgl. die Darstellung oben § 7 V 7c.

<sup>59</sup> Canaris, Bankvertragsrecht Rdn. 2018; Schlegelberger/Hefermehl, Anhang nach § 406,

umfassenden Wirkungsbereich des redlichen Erwerbs auszuwählen verträgt sich nicht mit dem Ziel der §§ 932 ff. BGB, die keineswegs durchgängig den Verkehrsschutz an die erste Stelle setzen und mitnichten einer Umgehung der vom Gesetz selbst gezogenen Schranken das Wort reden. Will man sich des Vorwurfs einer undifferenzierten Begünstigung des Käufers erwehren, müßte man zumindest das Risiko einer Aushöhlung des Instituts ins Feld führen. Um ein Prinzip, dessen Wirkungen, wo gewünscht, durch eine Modifikation des konstruktiven Ansatzes beiseite geschoben werden können, ohne daß sich am zu beurteilenden Sachverhalt selbst etwas zu ändern braucht, ist es freilich schlecht bestellt – vor allem, soweit bei einer solchen Abwandlung das von § 933 BGB verfolgte Telos nicht ins Kalkül gezogen wird. Der Gewinn bleibt zudem auf den speziellen Problemkreis beschränkt. Spätestens beim Kompensationsgeschäft – Verkäufer und Käufer unterhalten ihr Konto bei derselben Girobank, trotz Einschaltung eines Börsenmaklers erscheint das Institut als Marktgegner<sup>60</sup> – sind solch findigen Auswegen Grenzen gezogen. Die Girobank als Verfügende löst das Besitzband zum Verkäufer und begründet neuen Oberbesitz des Käufers, gibt also ihren mittelbaren Besitz keineswegs preis<sup>61</sup> – erst recht nicht, wenn sie aus Nostrobeständen erfüllen will. Hätten sich die Parteien des Kaufvertrages dagegen direkt verständigt, dabei den Herausgabeanspruch abgetreten<sup>62</sup> bzw. die Girobank zur Besitzumstellung angewiesen, stünde redlichem Erwerb kein Hindernis im Weg.

Dem Dilemma kann man sich nicht entziehen, indem man – was an sich korrekt ist – die Besitzumstellung nicht den §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB unterstellt, sondern sie nach den §§ 931, 934 Fall 1 BGB wertet.<sup>63</sup> Nach wie vor erklärt die Bank die Einigung, gleichzeitig zediert sie den Herausgabeanspruch, ohne daß sie als Verfügende ihren Besitz verlöre.<sup>64</sup> Die Divergenz zwischen einem Handeln der Parteien und dem Tätigwerden der Bank besteht weiter, obwohl es eine reine Zweckmäßigkeitsentscheidung wäre, etwa statt mit der Ermächtigungs- konstruktiv mit einer Vollmachtslösung zu arbeiten. Beim wirtschaftlichen Selbsteintritt schließlich sperrt § 933 BGB jeden Redlichkeitsschutz.<sup>65</sup> Daß der Erwerb direkt von einem nichtberechtigten Verkäufer gegenüber einer (fehlgeschlagenen) Verfügung an die Bank und von dieser weiter an den Käufer undifferenziert erleichtert sein soll, stellt

---

321; Koller, DB 1972, 1859f.; Becker, Effektingiroverkehr S. 46; Wolter, Effektenkommission S. 197f.

<sup>60</sup> Vgl. statt aller Becker, Effektingiroverkehr S. 56.

<sup>61</sup> Auch die Fortdauer mittelbaren Besitzes des Verfügenden hindert nach h.M. redlichen Erwerb; vgl. statt aller Michalski, AcP 181, 386.

<sup>62</sup> Beispiel nach Koller, in Gutachten II S. 1504.

<sup>63</sup> Vor allem Becker, Effektingiroverkehr S. 51f.; speziell zum Kompensationsgeschäft S. 58ff.

<sup>64</sup> So ausdrücklich Becker, Effektingiroverkehr S. 59.

<sup>65</sup> So auch Becker, Effektingiroverkehr S. 63 ff., der durch eine auf dem Boden der h.M. nicht gerade stichhaltige Interpretation des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB das Problem, daß die Girobank als Nichtberechtigte verfügt, möglichst klein halten will; allgemein auch Kumpel, WM 1976, 955.



das Prinzip des redlichen Erwerbs, die Abschottung der Übereignung vom Schicksal vorangegangener Geschäfte,<sup>66</sup> geradezu auf den Kopf.

(4) Das Moment der Besitzaufgabe müßte daher zumindest modifiziert werden; sie nicht nach der Person des Verfügenden, sondern derjenigen des Zustimmenden zu beurteilen<sup>67</sup> könnte immerhin einen Teil der Unzuträglichkeiten aus der Welt schaffen. Die Zession des Herausgabeanspruchs wie die Zustimmung zu einer Verfügung eines nach außen als Nichtberechtigter firmierenden unmittelbaren Besitzers unterlägen demselben Schicksal.

Eine derartige Vorstellung mag den BGH bewogen haben, (zumindest auch) auf der Entäußerung der tatsächlichen Gewalt durch den Zustimmenden zu bestehen: Die Vorbehaltsverkäuferin hatte sich nach Zahlung der letzten Rate durch eine Bank mit dieser über den Eigentumsübergang geeinigt. Der Vorbehaltskäufer hatte sein Einverständnis erklärt und den mittelbaren Besitz der Bank anerkannt, obgleich er, ebenfalls unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts, bereits vorher zwar zunächst ohne Erfolg über sein angebliches Eigentum, jedoch wirksam über seine Anwartschaft an einen Dritten verfügt hatte und diese Anwartschaft mit Bezahlung der letzten Rate zum Vollrecht erstarkte. Das Gericht ließ den Erwerb fehlschlagen, da der Zustimmende als materiell Berechtigter nach wie vor im Besitz der Sache sei.<sup>68</sup>

Der Verwicklungen ist man dadurch freilich nicht enthoben. Namentlich vom Boden der h.M. aus läßt sich nicht abstreiten, daß der Erwerber seinem Partner weiterhin sein Vertrauen bekundet, indem er ihn im Besitz der Sache beläßt, mag auch der Zustimmende seinen mittelbaren Besitz eingebüßt haben. In den traditionellen Schemata der h.M. gedacht, ist die teleologische Basis also höchst unsicher. Darüber hinaus läßt das Kriterium zu Manipulationen geradezu ein, etwa dadurch, daß der Verfügende durch die Etikettierung eines Dritten als des angeblich Berechtigten imstande ist, der Notwendigkeit aus dem Weg zu gehen, sich des eigenen Besitzes zu entäußern, ohne daß der Erwerber, der die Details ja regelmäßig nicht kennt, deswegen zwangsläufig Verdacht zu schöpfen braucht.

So nimmt es denn nicht wunder, daß der BGH in einem dem soeben geschilderten Sachverhalt im übrigen völlig parallel liegenden Fall nur deswegen anders entschied,

<sup>66</sup> Vgl. oben § 7 I 2 b.

<sup>67</sup> So *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 74; *Wiegand*, JuS 1974, 203.

<sup>68</sup> BGHZ 56, 123, 129ff.; OLG Celle OLGZ 1979, 328, 334; zustimmend etwa *Jauernig*, § 932 II 4; *Palandt/Bassenge*, § 932, 2c; *Erman/A. Schmidt*, § 932, 3; MünchKomm/*Quack*, § 932, 56; RGRK/*Pikart*, § 932, 68; *Soergel/Mühl*, § 932, 7; *Baur*, § 52 II 2; *Wieser*, JuS 1972, 570; *Wacke*, JuS 1973, 684 Fn. 12. Das Problem liegt in Wahrheit noch komplizierter. Man könnte die Zustimmung des (scheinbaren) Anwärters als eine Aufhebung der Anwartschaft begreifen, materiell als eine Rückverfügung. Dann kommt es nur vordergründig auf die Stellungnahme zu der Frage an, ob eine solche Aufhebung durch die Zustimmung des Zweiterwerbers bedingt ist (vgl. dazu allgemein oben § 7 V 6b mwN.; sowie speziell *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 73 (bejahend); *Derleder*, JuS 1979, 480 (verneinend)). Denn einen redlichen Erwerber geht entsprechend dem System der §§ 932 ff. BGB das Schicksal vorangegangener Verfügungen nichts an, so daß er sich um die Wirksamkeit der Aufhebung nicht zu kümmern braucht; vgl. dazu oben § 7 I 2 b.

weil der Erwerber dort glauben durfte, der Vorbehaltsverkäufer habe sein Eigentum noch nicht verloren und sei daher Berechtigter.<sup>69</sup> Ob dem eine sachgemäße Differenzierung zugrunde liegt, ist denn doch zu bezweifeln: Sie ist weder durch Interessen des Erwerbers noch durch Belange des Eigentümers hinreichend abgestützt. Durch die Dosierung der Informationen hätten es die Parteien des ursprünglichen Kaufvertrages in der Hand, den Vorbehaltsverkäufer oder den Käufer als materiell Berechtigten zu benennen und so das Ergebnis der Verfügung zu steuern.<sup>70, 71</sup>

Doch auch im Effektingiroverkehr bleiben die Probleme nicht aus. Das Kompen-sationsgeschäft hält dem Kriterium der Besitzaufgabe stand, während die Erfüllung aus Nostrobeständen einer insoweit nichtberechtigten Bank zum Scheitern verurteilt ist, ohne daß der Unterschied unter Wertungsgesichtspunkten begründet erschiene: Ist doch der, wenngleich mißglückte Zwischenerwerb der Bank eher ein Argument für mehr als für weniger Verkehrsschutz.

(5) Dieser Aporie ist sich die h. M. zum Teil durchaus bewußt; sie meint indes, an das Votum des Gesetzgebers gebunden zu sein. Ließen sich Schwächen der gesetzlichen Regelung auch nicht leugnen, so zeigten die unterschiedlichen Prinzipien doch allenfalls eine rechtspolitische Fehlentscheidung auf, der man indes nicht eine derart weit gehende Willkür vorhalten könne, daß der Richter sie zu ignorieren vermöchte.<sup>72</sup> Das setzt voraus, was es zu beweisen gilt, verabsolutiert die Prämisse, ohne der Suche nach Alternativen gebührende Aufmerksamkeit zu widmen.

#### c) Der Herausgabeanspruch des Berechtigten

Dabei haben bereits die Unzulänglichkeiten der von der h. M. favorisierten Deutung den richtigen Weg gewiesen: Ganz offensichtlich vermag weniger die Position des Veräußerers den Ausschlag zu geben als diejenige des bislang Berechtigten. Er büßt sein Eigentum nicht ein, solange er mit Hilfe eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs auf die Sache zugreifen kann.

<sup>69</sup> BGH NJW 1978, 696f. unter 2b (2. Alternative), der sich mit BGHZ 56, 123, 129ff. bezeichnenderweise nicht auseinandersetzt, während das OLG Celle OLGZ 1979, 328, 334 in der erneuten Berufungsverhandlung redlichen Erwerb gerade an der fehlenden Besitzaufgabe des Zustimmenden unter Berufung auf BGHZ 56, 123, 129 scheitern läßt. Vgl. dazu etwa die Deutung von *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 69f., der angesichts der Unkenntnis des Erwerbers vom zwischenzeitlichen „Verzicht“ des Vorbehaltskäufers auf sein Eigentum von Redlichkeit des Erwerbers ausgeht. Korrekter wäre es, den Verfügenden unter Zuhilfenahme dieses Kenntnisstandes aus Sicht des Erwerbers nach objektiv-normativen Kriterien zu bestimmen.

<sup>70</sup> Zur Konstruktion von *Derleder*, der den Zwischenerwerber in Analogie zu § 1256 Abs. 2 BGB schützen will, vgl. unten § 8 II 2b (7).

<sup>71</sup> Daß BGHZ 56, 123ff. richtig, BGH NJW 1978, 696f. in der zweiten Alternative falsch entschieden ist (und daran die Unterstellung der erneuten Übereignung nichts korrigieren kann; vgl. dazu unten § 8 II 2b (5)), liegt am Herausgabeanspruch des wahren Berechtigten (vgl. dazu unten § 8 II 2d).

<sup>72</sup> BGHZ 50, 45, 51f.; *Gerhardt*, Mobiliarsachenrecht § 12, 4 = S. 100; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 60f.; *Michalski*, AcP 181, 421f.

(1) Schon in den Motiven klingt die Lösung an. Das Eigentum dauere so lange fort, die Vindikation dringe so lange durch, als die Sache in den Händen einer Person verbleibe, die der Vindikation unterliege und gegen die eine Eigentumsklage möglicherweise gar schon erhoben sei.<sup>73</sup> Die Argumentation mit Hilfe der Vindikationslage bewegt sich zwar im Kreis, weil es diese zu klären gilt. Schält man den richtigen Kern heraus, rückt man die schuldrechtliche Forderung ins Zentrum, verschwindet der Widerspruch. Kann der Berechtigte in gleicher Weise auf die Sache zugreifen wie der Erwerbsprätendent, hat er sein Eigentum noch nicht verloren.

(2) Das Konzept wird bekräftigt durch eine Analyse der konfligierenden Belange. Zum einen dreht es sich um den Ausgleich zwischen dem materiell Betroffenen anhand seiner Beziehung zur Sache und nicht mehr um die Besitzaufgabe des insofern nur mittelbar tangierten Veräußerers. Der Erwerber ist dem Gut nicht näher gekommen als der Eigentümer,<sup>74</sup> der nach wie vor in der Lage ist, seinen Herausgabeanspruch, etwa in einem gerichtlichen Eilverfahren, durchzusetzen. Damit berührt sich die Lösung mit dem tragenden Gesichtspunkt einer Veräußerung unter Zession des Herausgabeanspruchs, als dessen Schuldner der Eigentümer die Sache noch unmittelbar besitzt. Angesichts der Möglichkeit des Zugriffs hat der Berechtigte seine Stellung nicht eingebüßt.

Die Rechtfertigung des § 933 BGB läßt sich jedenfalls nicht allein in der Schwäche der Position des Erwerbers finden,<sup>75</sup> da er den Herausgabeanspruch und den mittelbaren Besitz erhalten hat. Blockiert ist der redliche Erwerb durch die Stellung des Eigentümers, der sein Recht zwar verliert, wenn der unmittelbare Besitzer das Gut nach den §§ 929, 932 BGB veräußert, dessen Zugriffsmöglichkeit im Fall der Verfügung nach den §§ 930, 933 BGB den Erwerber als (noch) nicht schutzwürdig ausweist. Nicht nur der unmittelbare Besitz,<sup>76</sup> auch der Herausgabeanspruch sichert das Recht des Eigentümers ab; anders wäre § 933 BGB nicht zu rechtfertigen.

(3) Das schließt eine teleologische Restriktion des § 933 BGB ein. Redlichen Erwerb zu verneinen hat nur dort seinen inneren Grund, wo ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch des bislang Berechtigten dem unmittelbaren Besitzer gegenüber tatsächlich existiert. Mit seinem Untergang verliert der Eigentümer sein Recht, was ohne weiteres auch erklärt, warum die körperliche Übergabe ebenso den redli-

<sup>73</sup> Mot. III 345 = Mugdan III 192.

<sup>74</sup> Dieses Argument taucht oft erst bei § 934 BGB auf, wo es um den Nebenbesitz geht; vgl. etwa AK/*Dubischar*, §§ 868–871, 8; *Staudinger/Bund*, § 868, 7; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 558, 561; *ders.*, Festschrift für Hübner S. 623; *Harms*, Sachenrecht S. 159; *Probst*, ZHR 101, 227; *Picker*, AcP 188, 533f., der indes die dogmatische Figur des Nebenbesitzes – zu Recht – ablehnt; wohl auch AK/*Reich*, § 934, 7; ähnlich *Baur*, § 52 II 4 cbb, soweit der Besitzmittler ein Doppelspiel treibe. Der Gesichtspunkt ist einschlägig jedoch bereits im Rahmen des § 933 BGB; vgl. z. B. GroßKomm/*Canaris*, § 363, 99; v. *Lübnow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 217; *Müller*, AcP 137, 89; wohl auch *Westermann*, § 48 III.

<sup>75</sup> So *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 619 für das Parallelproblem beim Nebenbesitz. Angesichts der notwendigen einheitlichen Interpretation der §§ 933f. BGB ist der Aspekt bereits hier zu erörtern.

<sup>76</sup> So *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 619.

chen Erwerb perfektioniert wie die Aushändigung an einen Besitzmittler des Erwerbers, der keine realisierbare Herausgabeforderung des früheren Eigentümers zu gewärtigen hat.

(4) Zu den Herausgabeansprüchen zählen alle Forderungen, die einem Besitzmittlungsverhältnis korrelieren und das bessere Recht des Eigentümers widerspiegeln, einerlei ob sie auf einer vertraglichen Abrede oder angesichts deren Fehlschlagens auf Bereicherungsrecht basieren,<sup>77</sup> ebenso aber auch Ansprüche aus Delikt und einer Nichtleistungskondiktion zur Restitution zuweisungswidriger Besitzlagen.<sup>78</sup>

#### d) Die Konsequenzen

Mit dem Herausgabeanspruch des Berechtigten als Sperre redlichen Erwerbs gewinnt man eine gesicherte Basis für die Abgrenzung der gegenläufigen Interessen von Eigentümer und Erwerber.

(1) So hängt das Schicksal einer Verfügung im Effektingiroverkehr nicht mehr an einer Konstruktion, die unter verschiedenen Banken diejenige auswählt, die ihren Besitz preisgibt, sondern am Fortbestand des Herausgabeanspruchs des Eigentümers. Ihn mag er bei einer vorangegangenen Zession eingebüßt haben, ungeachtet der Tatsache, daß die Verfügung ins Leere ging und er daher Eigentümer geblieben war. Die Sperrwirkung ist entfallen, während eine bloße Fehlbuchung der Bank nicht geeignet ist, den Anspruch zu beseitigen. Unter diesem Aspekt kann sich der Platzverkehr, bei dem die Bank ihren Besitz aufgibt, vom Kompensationsgeschäft abheben; dort ist sie weiterhin imstande, der Forderung des Eigentümers nachzukommen.<sup>79</sup>

(2) Schon die Fragestellung, ob ein nichtberechtigter Lagerhalter Güter wirksam übereignen kann, indem er das auf eigene Order lautende Papier an einen Dritten indossiert,<sup>80</sup> setzt das hier vertretene Konzept voraus: Behält der Veräußerer den Besitz, so müßte sich nach den Regeln der h. M. jede weitere Diskussion erübrigen. Die Chancen schneller Realisierung des Herausgabeanspruchs in Konsequenz der Verbriefung, die die Zugriffsmöglichkeit des Eigentümers übertreffe,<sup>81</sup> als Argument hat sich vom Postulat der Besitzaufgabe bereits gelöst und die Nähe der Konkurrenten zur Sache ins Zentrum gerückt.

Auch eine zügig vollstreckbare Forderung ändert aber nichts am Risiko, daß der Schuldner vorher durch Auslieferung der Ware an den Eigentümer dem Anspruch den Boden entzieht – nicht zuletzt von diesem durch eine einstweilige Verfügung

<sup>77</sup> Vgl. im einzelnen dazu oben § 7 IV 2 c (1), (2).

<sup>78</sup> Vgl. die Nachw. in § 6 Fn. 144.

<sup>79</sup> Die h. M. mag vom Ergebnis her streckenweise durchaus korrekt entscheiden, wenn sie das Kompensationsgeschäft benachteiligt. Ihre Argumentation der mangelnden Besitzaufgabe verfehlt jedoch den auch wertungsmäßig überzeugenden Aspekt.

<sup>80</sup> GroßKomm/Canaris, § 363, 99.

<sup>81</sup> GroßKomm/Canaris, § 363, 99; unklar Stengel, Orderkonnossement S. 171, der die Übergabe des Gutes durch die Herausgabe des Papiers ersetzt, was indes die Funktion des Scheines angesichts des nach wie vor bestehenden unmittelbaren Besitzes des Lagerhalters überstrapaziert.

gezwungen. Trotz der Verbriefung der Forderung ist ihre Realisierung weiterhin mit der Unsicherheit belastet, die stets aus einer Doppelverpflichtung des Schuldners resultiert.<sup>82</sup>

Büßt allerdings der Eigentümer zeitgleich mit der Begebung des Scheins seinen Herausgabeanspruch ein – was der Fall sein mag, wenn sein Giro an den Lagerhalter an einem Mangel litt, über den der jetzige Indossatar nicht informiert war –, so geht mit der den Berechtigten sichernden Forderung auch sein Eigentum unter.

(3) Maßgebliche Gesichtspunkte auch für den indossierten Orderwechsel sind damit schon eingeflossen. Er wird gemäß den §§ 929 ff. BGB übertragen;<sup>83</sup> redlicher Erwerb folgt den – um Art. 16 Abs. 2 WG erweiterten – Vorschriften der §§ 932 ff. BGB.<sup>84</sup> Darüber, daß Art. 16 Abs. 2 WG irreführend gefaßt ist, herrscht Einvernehmen. Der Erwerber ist nicht nur der Verpflichtung zur Herausgabe enthoben, sondern wird Eigentümer des Papiers und Inhaber der darin verbrieften Forderung.<sup>85</sup> § 933 BGB disprivilegiert den Erwerber, soweit er sich mit einem Besitzkonstitut begnügt, nicht primär als Folge einer buchstabengetreuen Interpretation, sondern des nach wie vor realisierbaren Herausgabeanspruchs des wirklich Berechtigten. Abweichende Voten, die auf die verstärkende Funktion des Indossaments aufmerksam machen,<sup>86</sup> geraten in Konflikt mit der Begebung blanko indossierter Wechsel,<sup>87</sup> namentlich aber von Inhaberpapieren, obgleich deren Verkehrsschutz nicht geringer als derjenige von Orderpapieren ist.<sup>88</sup>

(4) Schließlich wendet sich auch der BGH mit der Analyse, ob denn der Kfz-Brief als Traditionspapier einzustufen sei und der Erwerber auch begünstigt werde, wenn er zwar den Brief erhalte, sich aber mit mittelbarem Besitz am Fahrzeug begnüge, von der Besitzaufgabe als Dreh- und Angelpunkt ab. Selbst eine – von der h.M. bekanntlich mißbilligte<sup>89</sup> – Klassifizierung des Kfz-Briefs als Traditionspapier

<sup>82</sup> Nicht jedes Traditionspapier genießt die prozessualen Privilegien des § 592 ZPO, da keineswegs immer vertretbare Güter betroffen sind.

<sup>83</sup> Hueck/Canaris, § 8 IV 2a; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 14, 2; Richardi, § 17 IV 1 wendet die §§ 929 ff. BGB analog an; a. A. Zöllner, Wertpapierrecht § 14 I 1 b.

<sup>84</sup> Hueck/Canaris, § 8 IV 2baa; GroßKomm/Canaris, § 365, 15; Schlegelberger/Hefermehl, § 365, 18; a. A. (nur Art. 16 Abs. 2 WG) Richardi, § 17 IV 1; § 18 II 1; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 16, 8; anders ders., Art. 11, 1; Zöllner, Festschrift für Raiser S. 283 mit Fn. 108; nicht ganz eindeutig ders., Wertpapierrecht § 14 VI 1 a, b; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 241, die alle den Stellenwert des § 933 BGB zu gering achten.

<sup>85</sup> Unstreitig; vgl. etwa Hueck/Canaris, § 8 IV 2baa; Zöllner, Wertpapierrecht § 14 VI 1; Richardi, § 18 II 1; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 16, 8, 11.

<sup>86</sup> Hueck/Canaris, § 8 IV 2baa; GroßKomm/Canaris, § 365, 15.

<sup>87</sup> Bei denen auch Hueck/Canaris, § 8 IV 2baa; GroßKomm/Canaris, § 365, 15 redlichen Erwerb verneint, ebenso wegen prinzipieller Nichtgeltung des § 933 BGB Zöllner, Festschrift für Raiser S. 283 mit Fn. 108.

<sup>88</sup> Blanko indossierte Wechsel und Inhaberpapiere genießen verglichen mit Orderwechseln erhöhte Umlauffähigkeit; vgl. dazu genauer unten § 9 Fn. 162 – ein Argument, mit dem die dort h.M. denn auch begründet, warum ein Begebungsvertrag mit einem Minderjährigen nicht durch Redlichkeit des Erwerbers geheilt wird; vgl. § 9 III 2 d mit Fn. 164.

<sup>89</sup> BGH NJW 1970, 653; 1978, 1854; WM 1960, 492, 494.

könnte den Verlust des unmittelbaren Besitzes nicht fingieren. Daß der h. M. gleichwohl beizupflichten ist, liegt ein weiteres Mal nicht an der dogmatisch unergiebigen Kategorie des Traditionspapiers,<sup>90</sup> sondern am Herausgabeanspruch des Rechtsinhabers, der durch die Übergabe des Kfz-Briefs nicht beeinträchtigt wurde.

## 2. Die Rechtfertigung des § 934 BGB

Hatte die Zugriffsmöglichkeit des Eigentümers bei § 933 BGB Anlaß zu eher marginaler Korrektur gegeben, so tritt sie bei § 934 BGB mit ungleich stärkerem Gewicht zutage. Der Terminus „Nebenbesitz“ charakterisiert als Breviloquenz einen seit langem schwelenden Streit, der, obgleich ihm die Rechtsprechung als scheinbar beigelegt keine Beachtung mehr schenkt und ihn in Entscheidungen jüngeren Datums nicht mehr erwähnt,<sup>91</sup> nach wie vor von einer allseitig akzeptierten Antwort weit entfernt ist.

### a) Fallbeispiele

Die Problematik konzentriert sich auf zwei Bereiche, die sich jeweils an eine der Alternativen des § 934 BGB anbinden lassen.<sup>92</sup>

(1) Verfügt der Vorbehaltskäufer über sein angebliches Eigentum, behält er aber den unmittelbaren Besitz und vereinbart er mit seinem Partner nur ein Konstitut, so scheitert der redliche Erwerb zwar an den §§ 930, 933 BGB, was indes die Begründung eines Herausgabeanspruchs und damit auch des mittelbaren Besitzes nicht hindert.<sup>93</sup> Zediert der Partner nun seinerseits den Herausgabeanspruch,<sup>94</sup> so geht es um die Frage, ob dies für redlichen Erwerb nach § 934 Fall 1 BGB genügt.

(2) Die zweite Alternative der Norm steht dagegen im Brennpunkt, wenn der Zedent mittelbaren Besitz wie Herausgabeanspruch bereits verloren hatte, entweder weil er schon als Berechtigter nach § 931 BGB verfügt hatte<sup>95</sup> oder er von vornherein nie Eigentümer oder auch nur mittelbarer Besitzer war.<sup>96</sup> Bestimmt er gleich-

<sup>90</sup> Nicht die Qualifizierung als Traditionspapier, sondern nur diejenige als Orderpapier – was hier von vornherein nicht in Betracht kommt – könnte redlichen Erwerb des Kfz beeinflussen, da nur dann redlicher Erwerb auch des (sperrenden) Herausgabeanspruchs in Frage käme (vgl. soeben § 8 II 1 d (2) a. E.).

<sup>91</sup> Vgl. etwa BGHZ 49, 160 ff.; 50, 45 ff.; BGH NJW 1978, 696 f.; 1979, 2037 f.; anders noch BGHZ 28, 16, 27; dort werden die Befürworter des Nebenbesitzes bei Verfügung über eine Anwartschaft nach § 930 BGB zitiert, im Ergebnis aber abgelehnt.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu die Darstellung bei *Palandt/Bassenge*, § 868, 1 b; *AK/Dubischar*, §§ 868–871, 7; *MünchKomm/Joost*, § 868, 18; *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 612 f.; *Hager*, WM 1980, 667.

<sup>93</sup> Vgl. oben § 8 II 1 a.

<sup>94</sup> So etwa die Fallgestaltung in BGHZ 50, 45, 49 ff.; OLG Frankfurt BB 1976, 573 f.

<sup>95</sup> So etwa die Fallgestaltung in BGHZ 49, 160, 163; BGH NJW 1979, 2037, 2038 mit der Besonderheit, daß dort der ursprüngliche Herausgabeanspruch jeweils in einem Lagerschein verbrieft war, woran der (ansonsten mögliche) Erwerb nach h. M. scheitern sollte; vgl. dazu unten § 8 II 3.

<sup>96</sup> So die Fallgestaltung in RGZ 135, 75, 79; 138, 265, 267.

wohl den unmittelbaren Besitzer dazu, mit dem Erwerber ein Besitzmittlungsverhältnis zu verabreden, so könnte dies nach § 934 Fall 2 BGB den redlichen Erwerb vollenden.

b) Die h.M.: Die maßgebliche Rolle des unmittelbaren Besitzers

Zu Unrecht kapriziert sich die Kontroverse auf die besitzrechtliche Stellung des Eigentümers. Die Mindermeinung konzidiert zwar, der Erwerber habe mittelbaren Besitz erlangt, bestreitet aber gleichzeitig, daß der (bisher) Berechtigte ihn verloren habe. Beide stünden vielmehr, ohne Mitbesitzer zu sein, als Nebenbesitzer auf einer gleichrangigen Besitzstufe. Ein solcher Nebenbesitz reiche als Grundlage redlichen Erwerbs nicht aus.<sup>97</sup> Anders entscheidet die h.M.: Mit Vereinbarung des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses erlösche unvermeidlich das erste, weshalb es auch redlichem Erwerb nicht im Wege stehen könne.<sup>98</sup> Auch abgesehen von der Tatsache,

---

<sup>97</sup> *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 558ff.; *ders.*, Festschrift für Hübner S. 619ff.; *Wolff/Raiser*, § 8 II; § 69 II 2 d Fn. 22; in § 15 II 2 läßt *Raiser* jedoch die Besitzaukündigung zu, soweit sie nur eindeutig sei, und nähert sich so der h.M. in ihrer modifizierten Form an; *Westermann*, § 48 III mit der wenig einsichtigen Ausnahme, redlicher Erwerb sei möglich, wenn der Verfügung und ein anderer Mitberechtigter Nebenbesitzer seien; *Wacke*, Besitzkonstitut S. 54f.; *Staudinger/Bund*, § 868, 7; *Harms*, Sachenrecht S. 156f., 159f.; *Römer*, Mobiliärerwerb S. 246ff., 250ff.; *Weise*, Dogmatik S. 103ff.; *Fischer*, Weiterbildung S. 38 Fn. 49 für den Sonderbereich der Sicherungsübereignung (vgl. dazu schon Fn. 41); wohl auch *Berg*, JR 1978, 243.

Denselben Ausgangspunkt nehmen *AK/Dubischar*, §§ 868–871, 8; *AK/Reich*, § 934, 7; *Baur*, § 52 II 4 cbb; *Lange*, Sachenrecht § 10 III B 2 b Fn. 29; *Lange/Scheyhing*, Fälle zum Sachenrecht S. 50f.; *Serick*, II § 23 I 7 = S. 244f.; *Probst*, ZHR 101, 214ff.; *Dölle*, JW 1932, 1214; *ders.*, JW 1932, 376 ein; sie entscheiden jedoch anders, wenn der unmittelbare Besitzer den Oberbesitz nicht mehr respektiert und dies deutlich kundgibt. Damit treffen sich diese Autoren mit den Anhängern der abgemilderten h.M. (vgl. dazu Fn. 98). Nicht ganz einheitlich entscheidet *Lange*, JuS 1969, 164, der dort den Nebenbesitz bejaht, soweit der unmittelbare Besitzer sich nicht deutlich auflehne, in JuS 1969, 165 dem BGH in seiner mit der Ablehnung des Nebenbesitzes untrennbar verknüpften Unterscheidung zwischen Besitzaufgabe und Besitzübertragung aus dem Gedanken der Kontinuität der Rechtsprechung folgt.

Nur auf die Existenz eines Herausgabeanspruchs stellen dagegen ab *Manigk*, JW 1928, 399; *Müller*, AcP 137, 89ff.; *Sandtner*, Besitzlehre S. 90f.; *Brem*, Nebenbesitz S. 97ff.

<sup>98</sup> So für den unter § 8 II 2 a (1) geschilderten Fall etwa BGHZ 50, 45, 49ff.; *Palandt/Bassenge*, § 868, 1bbb; *Gerhardt*, Mobiliarsachenrecht § 12, 4 = S. 99f.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 18; *ders.*, WM 1978, 453; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 58ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht § 22 II 1 e = S. 509; *Pikart*, WM 1971, 1534; auch schon Prot. VI 263f. = 8607 = Mugdan III 634; wohl auch MünchKomm/Quack, § 934, 4; für den unter § 8 II 2 a (2) geschilderten Fall etwa RGZ 135, 75, 79ff.; 138, 265, 267; RG JW 1932, 3763ff.; WarnR 1934 Nr. 134 = S. 281, 282f.; 1932 Nr. 79 = S. 161, 163ff.; BGH NJW 1959, 1536, 1538; 1978, 696f. unter 2b (2. Alternative); WM 1969, 242, 244; OLG Hamburg HansRGZ 1931, 410ff., das zwar Nebenbesitz akzeptiert, dennoch redlichen Erwerb bejaht (aaO. S. 416); *Palandt/Bassenge*, § 868, 1bcc; MünchKomm/Quack, § 934, 13; *ders.*, § 934, 15 bejaht Nebenbesitz, wenn das Besitzmittlungsband durch den Papierschuldner nicht anderweitig gelöst werde; *Soergel/Mühl*, § 934, 4; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 18, 36; *ders.*, WM 1978, 450ff.; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 65ff.; *Herschel*, JW 1933, 1998; im Ergebnis auch RGZ 89, 348, 349f.; RG JW 1926, 800, 801; nicht ganz eindeutig BGH LM Nr. 6 zu

daß die rein besitzrechtliche Sicht die Problematik ungebührlich einschränkt, kann die h. M. nicht überzeugen.

(1) Das Reichsgericht hatte noch gemeint, das Resultat direkt auf den Wortlaut des Gesetzes stützen zu können. Immer werde von *dem* Besitz gesprochen; schon die Erweiterungen wie der mittelbare Besitz beruhten auf spezieller Vorschrift und müßten auch darauf beschränkt bleiben.<sup>99</sup> Das verdeutliche vornehmlich § 870 BGB. Weil dort von *dem* mittelbaren Besitz, nicht *einem* Besitzmittlungsverhältnis die Rede sei, werde anschaulich, daß das Gesetz nur *einen* mittelbaren Besitz zulasse.<sup>100</sup> Das wirkt nicht nur wie Begriffsjurisprudenz im schlechten Sinn, sondern ist auch sachlich unzutreffend. Der bestimmte Artikel beschreibt in diesem Zusammenhang nur das Institut. Niemand wird wohl aus § 1153 Abs. 2 Halbs. 2 BGB schließen wollen, ein Grundstück könne nur mit einer einzigen Hypothek belastet werden.

(2) Ihr Vorwurf, die Lehre vom Nebenbesitz gefährde die Rechtssicherheit, offensichtlich beispielsweise an der Entwertung des § 1006 BGB,<sup>101</sup> fällt auf die Urheber zurück. Die Rechtssicherheit zu fördern, darf die h. M. gewiß nicht in Anspruch nehmen, gerade wenn sie glaubt, auf jede irgendwie von Dritten wahrnehmbare Willensänderung des unmittelbaren Besitzers reagieren zu müssen, und so das Los des mittelbaren Besitzes wie der Verfügungen seiner Willkür anheimgibt.<sup>102</sup>

Jeder Sinneswandel des unmittelbaren Besitzers ist nach den Prämissen der h. M.

§ 868 BGB; für beide Fälle *Planck/Brodmann*, § 868, 4b, 5; *MünchKomm/Joost*, § 868, 20; *RGRK/Kregel*, § 868, 9, 21; *Staudinger/Kober/Seufert*<sup>11</sup>, § 868, 27; *Soergel/Mühl*, § 868, 26; *Eichler*, II 1 S. 24 Fn. 48, S. 147; *Schlegelberger/Vogels/Pritsch*, § 868, 70; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 424; *E. Wolf*, Sachenrecht § 2 B III c 3 = S. 61; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rdn. 986; der h. L. folgt *Jauernig*, § 868, 7, soweit das bisherige Besitzmittlungsband eindeutig gelöst werde; ebenso *Lange*, Sachenrecht § 10 III B 2b Fn. 29; *Lange/Scheyhing*, Fälle zum Sachenrecht S. 50f.; *Serick*, II § 23 I 7 = S. 244 (vgl. schon Fn. 97). *Serick*, II § 23 I 8 = S. 245f. und *Reich*, Sicherungsübereignung S. 42 wollen in diesen Fällen zudem die Nachforschungsobliegenheiten verschärfen.

<sup>99</sup> RGZ 135, 75, 80; zustimmend *Tiedtke*, WM 1978, 451; a. A. *Lange*, JuS 1969, 164; für den Fall der Veräußerung einer Anwartschaft auch *Michalski*, AcP 181, 413f.

<sup>100</sup> RGZ 135, 75, 80f.; RG JW 1932, 3763, 3764; WarnR 1932 Nr. 79 = S. 161, 165; zum Teil zustimmend *Herschel*, JW 1933, 1998; ähnlich *Planck/Brodmann*, § 868, 4b („denk unmöglich“); ablehnend z. B. *Wolff/Raiser*, § 8 II Fn. 27; *Serick*, I § 11 III 4 Fn. 97 = S. 264; *Dölle*, JW 1932, 1212; *Müller*, AcP 137, 88; *AK/Dubischar*, §§ 868–871, 8; *Zunft*, NJW 1957, 447 Fn. 22; *Probst*, ZHR 101, 216f.; *Müller-Erzbach*, AcP 142, 49; *Brem*, Nebenbesitz S. 28, 34.

Natürlich darf das nicht zu einer Art Nebeneigentum führen. Beschränkt man die Funktion des Nebenbesitzes bzw. des Herausgabeanspruchs des Eigentümers darauf, redlichen Erwerb zu verhindern, ist derartiges nicht zu befürchten; vgl. nur *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 615.

<sup>101</sup> So etwa RGZ 135, 75, 81f.; RG JW 1932, 3763, 3764; WarnR 1932 Nr. 79 = S. 161, 165f.; *Soergel/Mühl*, § 868, 26; *Herschel*, JW 1933, 1998; *Zunft*, NJW 1957, 447; ähnlich *Tiedtke*, WM 1978, 451; ablehnend zu diesem Argument *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 615; *Müller-Erzbach*, AcP 142, 49; *Probst*, ZHR 101, 218f.; *Brem*, Nebenbesitz S. 35; *Weise*, Dogmatik S. 57f.

<sup>102</sup> So etwa *RGRK/Kregel*, § 868, 21; *Michalski*, AcP 181, 401; *Tiedtke*, Jura 1983, 465.



imstande, den von ihr propagierten Resultaten den Boden zu entziehen. Der erste Sicherungsnehmer, dessen eigener Erwerb nach § 933 BGB angesichts der fehlenden Berechtigung des Verfügenden fehlgeschlagen ist, kann etwa seinem Zessionar dann nicht zu redlichem Erwerb verhelfen, wenn sich der unmittelbare Besitzer inzwischen eines anderen besonnen hat und entschlossen ist, sich wiederum dem Eigentümer unterzuordnen.<sup>103</sup> Erfolgt der Entschluß erst nach der Zession, so ist der redliche Erwerb des zweiten Sicherungsnehmers zwar schon vollendet; gleichzeitig eröffnet sich dem Alteigentümer die Chance, seinerseits über die Sache nach § 934 Fall 1 BGB zu verfügen. Der so mögliche Sprungerwerb,<sup>104</sup> stets abhängig vom momentanen Belieben des unmittelbaren Besitzers, gibt ebenso wie die oszillierende Abgrenzung zu § 933 BGB zu beträchtlicher Verwirrung Anlaß, weit mehr als es der Lehre vom Nebenbesitz jemals anzukreiden wäre.

Nicht nur die Vermutung aus § 1006 BGB und die §§ 937 ff. BGB haben in solch verworrenen Situationen ihre Funktion eingebüßt,<sup>105</sup> die Unsicherheit pflanzt sich bis zu § 934 BGB fort, ohne daß dem die h. M. wirksam begegnen könnte – das erste Indiz, daß nur objektive Kriterien einer so unübersichtlichen Lage zu steuern vermögen.

Die angebliche Rechtsunsicherheit für den Erwerber, die aus seiner umfassenden Nachforschungsobliegenheit resultieren müsse, und der Gedanke der Verkehrserleichterung hatten noch die Mitglieder der Kommission der zweiten Lesung dazu bewogen, redlichen Erwerb ungeachtet der Tatsache zuzulassen, daß der unmittelbare Besitzer weiterhin dem Eigentümer den Besitz mittle.<sup>106</sup> Die dadurch provozierten Risiken, sei es für die Rechtssicherheit, sei es angesichts des sofort wieder drohenden Verlusts durch Sprungerwerb auch für den redlichen Käufer, wurden dabei ganz offensichtlich nicht bedacht, die Abgrenzungsschwierigkeiten nicht in Rechnung gestellt.<sup>107</sup> Die Befürchtung der Kommission wirkt übertrieben. Auch § 933 BGB verlangt dem Erwerber ebenso wie der in § 935 BGB kodifizierte Gedanke der Zurechnung einiges an Recherchen ab, mutet ihm schlimmstenfalls sogar das Scheitern des Geschäfts zu, ohne daß dies das Institut nennenswert beeinträchtigen könnte, im Gegenteil: Nur so läßt sich eine konsistente Basis gewinnen.

<sup>103</sup> So jedenfalls, wenn man die h. M. zugrunde legt, die auf mittelbarem Besitz des Zedenten beharrt; anders, wenn die Abtretung des Herausgabeanspruchs genügt; vgl. dazu oben § 7 IV 2.

<sup>104</sup> *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 106 f.

<sup>105</sup> *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 615; *Brem*, Nebenbesitz S. 101 und *Westermann*, § 19 II 4 wollen die Vermutung des § 1006 Abs. 3 BGB jeweils im Verhältnis zu Dritten gewähren, nicht jedoch den Nebenbesitzern gegeneinander; *Weise*, Dogmatik S. 96 berücksichtigt die Priorität; zur Lage bei Veräußerung einer Anwartschaft vgl. etwa *Baur*, § 59 V 2b mwN.

<sup>106</sup> Prot. VI 263 f. = 8607 = Mugdan III 634.

<sup>107</sup> Man kann insofern wiederum von einer „Anschauungslücke“ sprechen. – Vgl. zu den Konsequenzen der Einführung des mittelbaren Besitzes sowie des § 934 BGB während der Zweiten Lesung für das Problem des redlichen Erwerbs und den dabei zutagetretenden Ungeheimtheiten infolge der mangelnden Feinabstimmung der Institute ausführlich *Picker*, AcP 188, 524 ff.

(3) Im Dreh- und Angelpunkt der h.M. steht der Wille des unmittelbaren Besitzers; er allein entscheide, ob und wem er sich unterordnen wolle. Wie es ihm unbenommen sei, mittelbaren Besitz aufzukündigen, indem er sich durch eine nach außen tretende Handlung zum Eigenbesitzer aufschwinde, so könne er auch ein neues Besitzmittlungsverhältnis begründen,<sup>108</sup> womit er sich vom alten lossage.<sup>109</sup> Seine Bereitschaft, die Sache nach Ablauf der vereinbarten Frist herauszugeben, sei notwendig auf eine der Forderungen beschränkt.<sup>110</sup>

Damit wird der Entschluß des unmittelbaren Besitzers überbewertet, was keineswegs in der Konzeption des Gesetzes liegt. Konsequenterweise, doch kaum plausibel, müßte die Übertragung mittelbaren Besitzes daran scheitern, daß der unmittelbare Besitzer, besonders vertragstreu, nur für seinen ursprünglichen Gläubiger besitzen will.<sup>111</sup> Das läuft dem durchwegs akzeptierten Dogma zuwider, daß die Abtretung des den mittelbaren Besitz konstituierenden Herausgabeanspruchs weder von der Information noch gar von der Zustimmung des unmittelbaren Besitzers abhängt.<sup>112</sup> So kann er (auch redlichen) Erwerb nach den §§ 931, 934 Fall 1 BGB

<sup>108</sup> RGZ 105, 413, 415; 119, 152, 153; 135, 75, 78 f.; 138, 265, 267; RG Gruchot 53, 692, 695; JW 1932, 3763 f.; 1938, 1394; WarnR 1932 Nr. 79 = S. 161, 163; 1934 Nr. 134 = S. 281, 284; BGH WM 1965, 1254; 1969, 656, 657; OLG Hamburg HansRGZ 1931, 410, 412 ff.; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 17; Müller, AcP 137, 87; Pikart, WM 1971, 1534; im Ergebnis auch BGH NJW 1959, 1536, 1538; 1978, 696, 697; 1979, 2037, 2038; WM 1960, 1223, 1227; 1969, 242, 244; a. A. Boehmer, II 2 S. 44; vgl. zu dieser Frage schon oben § 8 II 1 a (2).

<sup>109</sup> RGZ 119, 152, 153 f.; 135, 75, 79; 138, 265, 267; RG JW 1932, 3763 f.; 1938, 1394; WarnR 1932 Nr. 79 = S. 161, 164; 1934 Nr. 134 = S. 281, 282 f.; BGH WM 1960, 1223, 1227; 1969, 656, 657; NJW 1979, 2037, 2038; Palandt/Bassenge, § 868, 1 b bb; Soergel/Mühl, § 868, 26; MünchKommJoost, § 868, 20; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 58; Tiedtke, WM 1978, 451; Michalski, AcP 181, 400; Eichler, II 1 S. 147; Wieling, AcP 184, 452; im Ergebnis auch RGZ 105, 413, 415; RG JW 1926, 800, 801; BGH NJW 1959, 1536, 1538; 1978, 696, 697.

Dies wird auch von einigen Vertretern des Nebenbesitzes zugegeben, soweit die Aussage nur unzweideutig sei; vgl. z. B. Lange/Scheyhing, Fälle zum Sachenrecht S. 50 f.; Dölle, JW 1932, 1214; vorsichtiger ders., JW 1932, 3763; ferner die in Fn. 97 als Anhänger einer modifizierten Richtung der Lehre vom Nebenbesitz Genannten.

<sup>110</sup> RGZ 105, 413, 415; Palandt/Bassenge, § 868, 1 b; RGRK/Kregel, § 868, 9; Soergel/Mühl, § 868, 26; Staudinger/Kober/Seufert<sup>11</sup>, § 868, 27 unter 2 b; Eichler, II 1 S. 24 Fn. 48; Herschel, JW 1933, 1998; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 18, 36; ders., WM 1978, 451; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 68 f.; Müller-Erzbach, AcP 142, 49. MünchKommJoost, § 868, 20 hält die Rechtsfolgengerstreckung als Spezifikum des mittelbaren Besitzes für nicht aufspaltbar. RG WarnR 1934 Nr. 134 = S. 281, 284 verneint ein Doppelspiel aus tatsächlichen Gründen; Michalski, AcP 181, 401 f. will es nicht zur Bestätigung der (erneuten) Besitzmittlung gegenüber dem Alteigentümer ausreichen lassen.

<sup>111</sup> Vgl. Probst, ZHR 101, 208. – Andeutungen in dieser Richtung bei BGH WM 1977, 1090, 1091: Weil der Lagerhalter nur dem Einlagernden den Besitz gemittelt habe, habe dieser den Herausgabeanspruch nicht zedieren, sondern mit dem Partner nur neuen Oberbesitz vereinbaren können; der Erwerber sei dadurch mittelbarer Besitzer zweiter Stufe geworden; kritisch zu dieser Differenzierung zu Recht Tiedtke, WM 1978, 447 f.

<sup>112</sup> Denkschrift III 112 = Mugdan III 996; RGZ 52, 273, 277; RG DR 1901, 311 Nr. 1168; implizit auch RG LZ 1911 Spalte 777 Nr. 22; ferner BGH WM 1959, 561, 562; KG OLGE 26, 56; Palandt/Bassenge, § 870, 2; MünchKommJoost, § 870, 3; RGRK/Kregel, § 870, 2; RGRK/Pikart, § 931, 18, 20; Soergel/Mühl, § 931, 5, 6; Staudinger/Bund, § 870, 5; Rosenberg,

nicht unterbinden, selbst wenn er sich weigert, für den Zessionar zu besitzen und dies alsbald nach der Abtretung deutlich macht.<sup>113</sup>

Als noch gravierender entpuppt sich der Zwiespalt innerhalb der Prämisse. Will die h. M. die Entscheidungen des unmittelbaren Besitzers auf der einen Seite nahezu unbeschränkt respektieren, so zieht sie ihnen andererseits enge Grenzen, die nicht in seinem Willen fußen, sondern aus normativen Überlegungen gespeist werden. Es dürfte nicht zu bezweifeln sein, daß sich der unmittelbare Besitzer einem zweiten konkurrierenden Herausgabeanspruch aussetzen kann, ohne daß diese Vereinbarung den ersten vernichtet.<sup>114</sup> Nicht einmal ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber demjenigen Gläubiger, der im Vergleich mit seinem Rivalen das schlechtere Recht hat, ist dem Schuldner zuzubilligen.<sup>115</sup> Oft ist es vorab nicht auszumachen, welchen der konkurrierenden Ansprüche, die die Gläubiger regelmäßig erst in der Krise anmelden werden, der Schuldner zu erfüllen gedenkt. Er selbst dürfte die Entscheidung häufig noch nicht getroffen haben in der Erwartung, zumindest eine der gesicherten Forderungen rechtzeitig tilgen und so den Konflikt vermeiden zu können. Dem Schuldner wäre die Absicht, nur dem Anspruch des Erwerbers nachzukommen, realistischerweise gerade noch zu unterstellen, wenn gesichert ist, daß er die Restkaufgeldschuld vorrangig bedienen will, der Erwerber dagegen den län-

---

§ 868 II 2b = S. 127; *Baur*, § 7 B III 2b; *Westermann*, § 41 III 1; *Tiedtke*, WM 1978, 446, 447f.; *Wetzell*, Zurechnung S. 94; *Müller-Erzbach*, AcP 142, 65; a. A. möglicherweise BGH WM 1977, 1090, 1091 (vgl. dazu schon Fn. 111) und *Picker*, AcP 188, 518f., da er den redlichen Erwerb nach § 934 Fall 1 BGB an die Anerkennung durch den unmittelbaren Besitzer knüpft. – Die offenere Formulierung, der unmittelbare Besitzer müsse seine Sachherrschaft (nur) im Bewußtsein irgendeines Oberbesitzes ausüben (*Staudinger/Bund*, § 870, 5; *Wetzell*, Zurechnung S. 94) würde die den Nebenbesitz ablehnende h. M., die ja gerade die Entscheidung für einen konkreten Oberbesitzer fordert, nicht tragen. – Wenn *Wieling*, AcP 184, 457f. dies grundsätzlich leugnet, so sieht er sich doch zu einer bemerkenswerten Konzession gezwungen. Trotz der Weigerung des unmittelbaren Besitzers, den künftigen Zessionar als Oberbesitzer zu respektieren, gehe der mittelbare Besitz doch kraft Gesetzes auf diesen über, werde ihm allerdings alsbald durch den Willen des unmittelbaren Besitzers wieder entzogen. Ganz offensichtlich kann auch eine rein auf die Entschließung des unmittelbaren Besitzers abstellende Sicht auf normative Kriterien nicht verzichten.

<sup>113</sup> BGH WM 1965, 1254, 1255; RGRK/*Pikart*, § 934, 6; *Tiedtke*, WM 1978, 448, 449; *Wieling*, AcP 184, 457f. sogar für den Fall, daß der unmittelbare Besitzer dies vor der Zession verdeutlicht (vgl. soeben Fn. 112).

<sup>114</sup> Vgl. schon oben § 8 I 1 a (2) mit Fn. 37; konzidiert auch von RGRK/*Kregel*, § 868, 9; *Planck/Brodmann*, § 868, 4b.

<sup>115</sup> So für die Miete, wenn nicht der Vermieter, sondern ein Dritter Eigentümer ist, *Staudinger/Sonnenschein*, 2. Bearbeitung § 556, 12; *Soergel/Kummer*, § 541, 9; *Raape*, JW 1925, 472f.; desgleichen für Leihe und Verwahrung RG JW 1925, 472, 473; *Palandt/Putzo*, § 604, 1g; *Palandt/Thomas*, § 695, 1; *Soergel/Kummer*, § 604, 1; *Soergel/Mühl*, § 695, 2; RGRK/*Gelhaar*, § 604, 1; RGRK/*Krohn*, § 695, 3; a. A. *Raape*, JW 1925, 472. Wenn eine im Vordringen befindliche Ansicht dem Eigentümer die Priorität einräumt (*MünchKomm/Hüffer*, § 695, 6; *Staudinger/Reuter*, § 604, 5; § 695, 6), so würde das nichts ändern. Zu klären gilt es ja erst, ob der zweite Gläubiger Eigentümer geworden ist; der (bessere) Herausgabeanspruch ist dann lediglich die Folge.

gerfristigen Kredit gewährt hat und folglich der Schuldner mit einer Herausgabe allenfalls an ihn zu rechnen braucht; das ist möglicherweise eine Erfahrungstatsache, doch mitnichten ein unumstößliches Dogma. Nicht nur bei einem für den Produktionsprozeß benötigten Investitionsgut wird der Schuldner sich bemühen, beide Verbindlichkeiten abzutragen, um die Herausgabe gänzlich vermeiden zu können, die seine wirtschaftliche Betätigung erheblich stören müßte. Der von der h.M. mehr unterlegte als ermittelte Entschluß, stets dem späteren Oberbesitzer den Vorrang einzuräumen, findet also im tatsächlichen Vorhaben keineswegs nahtlos seine Entsprechung. Das kollidiert freilich mit der Ausgangsthese. Soll der Wille des Besitzers in jedem Fall den Ausschlag geben, so ist er auch dort zu respektieren, wo er keine echte Wahl getroffen hat. Seine Doppeldeutigkeit kann nicht dementiert,<sup>116</sup> höchstens anhand normativer Kriterien überbrückt werden.

(4) Den Bruch mit der eigenen Konzeption, die Überformung des tatsächlichen Willens mittels gesetzlicher Wertungen, demonstriert am besten die Rolle, die § 116 S. 1 BGB für die h.M. spielt. Der geheime Vorbehalt, sich trotz der Vereinbarung des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses dem Oberbesitzer nicht unterwerfen zu wollen, wäre spätestens dann in Rechnung zu stellen, wenn dieser Entschluß, nicht notwendig gegenüber dem Partner, nach außen erkennbar geworden wäre. Dem folgt die h.M. nicht; einer dem Partner nicht augenfälligen Mentalreservation schenkt sie analog § 116 S. 1 BGB keine Beachtung.<sup>117</sup> Die Prävalenz des Willens des Besitzmittlers ist damit durchbrochen, was unweigerlich die Frage nachzieht, welcher normativen Korrektur der Entschluß des unmittelbaren Besitzers ansonsten unterliegen soll – ein Problem, das die h.M. angesichts ihrer Argumentation nicht zu lösen weiß. Es ist insbesondere inkonsistent, das Vertrauen des Erwerbers zu schützen, ihn demgemäß gegenüber einem geheimen Vorbehalt des Besitzers abzusichern, dasselbe Privileg aber dem bisherigen Oberbesitzer zu versagen, ungeachtet der Tatsache, daß der Schuldner soeben seine Vertragstreue deutlich, wenn auch unwahr, beteuert haben mag.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> So auch OLG Hamburg HansRGZ 1931, 410, 414; *Brem*, Nebenbesitz S. 31 ff.; *Weise*, Dogmatik S. 50 ff. unter Hinweis auf die Lage bei Gesamtgläubigerschaft. Das Argument taucht denn auch innerhalb der h.M. bei mehreren Konnossementsexemplaren auf, wo Gesamtgläubigerschaft oder eine Art Gesamtgläubigerschaft angenommen wird (vgl. z.B. *Stengel*, Orderkonnossement S. 197 mwN. sowie unten § 8 II 2 c (3)).

<sup>117</sup> BGH NJW 1979, 2037, 2038; OLG Hamburg HansRGZ 1931, 410, 416; RGRK/Kregel, § 868, 21; MünchKomm/Joost, § 868, 20; *Staudinger/Bund*, § 868, 22; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 36; *ders.*, WM 1978, 451 f.; *Harms*, Sachenrecht S. 159; *Michalski*, AcP 181, 400; *Picker*, AcP 188, 541 Fn. 74; vorsichtig *Palandt/Bassenge*, § 868, 2 a aa; a. A. ohne eingehende Diskussion (wohl) MünchKomm/Quack, § 934, 8; nicht eindeutig, wohl aber ablehnend BGH LM Nr. 6 zu § 868 BGB, der nur auf den (hier fehlenden) tatsächlichen Willen abhebt.

<sup>118</sup> Der Bruch springt besonders bei *Tiedtke*, WM 1978, 452 ins Auge: Obgleich angesichts des inneren Vorbehalts der mittelbare Besitz sogleich wieder untergehe, will *Tiedtke* § 116 S. 1 BGB analog anwenden; seine einzige Funktion besteht dann darin, redlichen Erwerb zu ermöglichen. Die Legitimation einer solchen punktuellen Normativierung des Besitzwillens bleibt offen.

Zweifel an der Geltung des § 116 S. 1 BGB<sup>119</sup> – die seine Funktion bei der Vereinbarung des Herausgabeanspruchs ohnehin nicht modifizieren könnten – wären nur begründet, wenn die Übereinkunft mittelbaren Besitzes automatisch mit redlichem Erwerb verknüpft wäre. Scheitert dieser nicht an der unzureichenden Stellung des neuen Oberbesitzers, sondern am konkurrierenden Herausgabeanspruch des Eigentümers,<sup>120</sup> lösen sich die Vorbehalte auf.

(5) Die brüchige Ausgangsthese spiegelt sich denn auch in kaum handhabbaren Verwicklungen wider. Das läßt sich illustrieren an einem bereits geschilderten Fall. Der erste Sicherungsnehmer hatte gemäß § 930 BGB vom (späteren) Eigentümer erworben; mag diesem als Vorbehaltskäufer auch zunächst nur eine Anwartschaft zugestanden haben, so war sie durch die Zahlung des Kaufpreises jedenfalls zum Vollrecht erstarkt. Hierauf trat der nun nicht mehr berechtigte Vorbehaltsverkäufer seinen angeblichen Herausgabeanspruch an einen Vierten ab; der fehlgeschlagenen Verfügung verhalf der Käufer, der nach wie vor den unmittelbaren Besitz ausübte, zum Durchbruch, als er mit dem Zessionar ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbarte – so jedenfalls will es die h.M. sehen. Am Schluß lieferte er die Sache jedoch dem ersten Sicherungsnehmer aus.<sup>121</sup>

Die Erschwerung des Erwerbs vom Berechtigten im Vergleich mit Verfügungen Nichtberechtigter wäre die absonderliche Folge.<sup>122</sup> Das einmal durch redlichen Erwerb eines Vierten verlorene Eigentum fällt durch die bloße Übergabe nicht an den ersten Sicherungsnehmer zurück. Dieser stünde aber besser, wenn die vorangegangene Verfügung nicht wirksam war – etwa sein Partner lediglich Inhaber der Anwartschaft geblieben war.<sup>123</sup> Dann nämlich vollendete die Verschaffung unmittelbaren Besitzes nach § 933 BGB seinen Erwerb; Zwischenverfügungen über die Sache – ob erfolgreich oder nicht – brauchten ihn nicht zu kümmern, soweit er während der ganzen Zeit redlich geblieben war.<sup>124</sup> Dieses offensichtlich unbillige Ergebnis sucht die h.M. mit der These zu verhindern, an die Übergabe der Sache sei eine erneute

<sup>119</sup> *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 620 ff.; *ders.*, Bürgerliches Recht Rdn. 561.

<sup>120</sup> Vgl. zur Position von *Medicus* schon oben § 8 II 1 c (2).

<sup>121</sup> So die Fallgestaltung in BGH NJW 1978, 696, 697 unter 2b und 5 (2. Alternative); vgl. dazu schon oben § 8 II 1b (4).

<sup>122</sup> *Tiedtke*, WM 1978, 454; *Derleder*, JuS 1979, 479, der mit der Annahme helfen will, das Anwartschaftsrecht wirke analog § 1256 Abs. 2 BGB fort (JuS 1979, 481 f.; vgl. hierzu unten § 8 II 2a (7)).

<sup>123</sup> So die Fallgestaltung in BGH NJW 1978, 696 unter 2a (1. Alternative).

<sup>124</sup> Es ließe sich erwägen, den Vierten dann als nicht redlich einzustufen, wenn er weiß, daß der Verfügende die Sache schon einmal bedingt übereignet hat. Angesichts dieser Kenntnis hätte ihm der Zedent nur (durch Zahlung des Restkaufpreises auflösend bedingtes) Eigentum verschafft. Wenn *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 70 das pauschal ablehnt, gerät er schon in Gefahr eines Wertungswiderspruchs: Will *Gursky*, aaO. S. 73 f. bei fortbestehender Anwartschaft den redlichen Erwerb doch an mangelnder Besitzaufgabe des (angeblichen) Anwärters scheitern lassen. – Dem Problem der Disprivilegierung des Erwerbs vom Berechtigten als solchem läßt sich dadurch nicht ausweichen – spätestens dann nicht, wenn der Vierte über vorangegangene Geschäfte nicht informiert ist und angesichts der Umstände auch nicht nachforschen muß.

Einigung gekoppelt<sup>125</sup> – eine reichlich spekulative Vorstellung. Denn das Fortbestehen einer einmal erklärten Einigung, auch wenn ihr prinzipiell die Bindungswirkung fehlt,<sup>126</sup> wird vermutet,<sup>127</sup> eine Annahme, die der BGH noch dahin verschärft hat, der Widerruf der Einigung müsse dem Geschäftsgegner erkennbar werden.<sup>128</sup> Schon aus diesem Grund hat ein Erwerber keinerlei Anlaß, sich bei der Übergabe erneut Gedanken über die Übereignung zu machen, könnte man doch ansonsten ebenso gut bei jeder erneuten Bestätigung des ursprünglichen Besitzbandes den Parteien einen erneuten dinglichen Vertrag unterlegen.<sup>129</sup> Doch nicht nur das: Eine Übereignung durch den Berechtigten ist mit der Vereinbarung eines Besitzkonstituts perfekt, insbesondere auch nicht mehr dem Risiko des Widerrufs durch den Verfügenden ausgesetzt.<sup>130</sup> Eine wiederholte Einigung kann nur den Zweck haben, Fehler des ursprünglichen Geschäfts zu bereinigen oder aber wirksame Zwischenverfügungen Dritter durch erneuten, diesmal redlichen Erwerb wettzumachen. Soweit nicht ausnahmsweise Anhaltspunkte ersichtlich sind, die ursprüngliche Einigung selbst habe etwa an Nichtigkeit oder wenigstens einem Willensmangel gelitten, muß ein solches Procedere schon den Verdacht des Empfängers wecken, es sollten nur Zwischenverfügungen kompensiert werden. Selbst wenn man sich diesen Bedenken verschließt, vermag die Konstruktion in all denjenigen Fällen nicht zu helfen, in denen die Übergabe unter keinen Umständen in ein dingliches Geschäft eingebunden sein

<sup>125</sup> BGH WM 1968, 1144, 1145; NJW 1978, 696, 697; *Palandt/Bassenge*, § 929, 2 aa; *Staudinger/Wiegand*, § 931, 11 mwN.; dabei war es allerdings stets um die Frage gegangen, ob in der Einigung auch die Zession des Herausgabeanspruchs liegt, während hier ein erneuter Vertragsschluß unterstellt werden müßte (vgl. auch Fn. 130); *Tiedtke*, WM 1978, 454; *ders.*, WM 1979, 1152; skeptisch *Derleder*, JuS 1979, 479; ablehnend *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 71.

<sup>126</sup> Vgl. statt aller BGH NJW 1978, 696, 697; 1979, 213, 214; *Baur*, § 5 III 1 b; *Gernhuber*, Festschrift für Baur S. 37 mwN. in Fn. 13. Erst recht hat der Erwerber zu einer Wiederholung der Einigung keinen Anlaß, wenn man diese, wie etwa *Westermann*, § 38, 4, für bindend erachtet.

<sup>127</sup> RGZ 135, 366, 367; BGH WM 1960, 1223, 1227; 1965, 1248, 1249; 1977, 218, 219; NJW 1978, 696, 697; *Jauernig*, § 929, 2 d; *Erman/A. Schmidt*, § 929, 4; *MünchKomm/Quack*, § 929, 100; *AK/Reich*, § 929, 3.

<sup>128</sup> BGH NJW 1978, 696, 697; *Palandt/Bassenge*, § 929, 2 daa; *Erman/A. Schmidt*, § 929, 4; *MünchKomm/Quack*, § 929, 100; *AK/Reich*, § 929, 3; *RGRK/Pikart*, § 929, 54; in RGZ 83, 223, 230 wird dies entgegen der Ansicht von BGH NJW 1978, 696, 697 wohl noch nicht ausgesprochen.

<sup>129</sup> So hatte auch die Revision in RG JW 1933, 1997, 1999, insoweit in RGZ 138, 265 ff. nicht abgedruckt, argumentiert. Das RG (zustimmend *Herschel*, JW 1933, 1998) verneinte bereits die Einigung, mußte sich also der Untersuchung der Redlichkeit eines Erwerbers, der sich die Sache unter derartigen Umständen erneut übereignen läßt, nicht mehr annehmen. Vgl. zu diesem Problem sogleich im Text.

<sup>130</sup> *Gernhuber*, Festschrift für Baur S. 37. Nach RGZ 135, 366, 367 mwN.; BGHZ 7, 111, 115; BGH WM 1969, 242, 243 ist bei antizipierter Einigung unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses der Erwerb in dem Augenblick vollendet, da der Veräußerer mittelbarer Besitzer geworden ist. Deshalb müßte eine erneute Übereignung auch unter die §§ 929, 932 BGB subsumiert werden; vgl. nur *Tiedtke*, WM 1978, 454; *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 71 Fn. 29.

kann, etwa weil sie nur der Abwicklung eines Mietvertrages dient. Hatte hier der unmittelbare Besitzer der Verfügung eines Dritten zum Durchbruch verholten, indem er mit dem Erwerber mittelbaren Besitz begründete, fordert und erhält der (Erst-)Vermieter die Sache zurück, so besteht für ihn nicht der geringste Anlaß, Gedanken über eine Übereignung anzustellen, da er davon ausgeht, nach wie vor Berechtigter zu sein. Selbst wenn er von Zwischenverfügungen erfahren hätte, kann er nicht vermuten, gerade sein Partner sei inzwischen Eigentümer geworden. Eine vorsorgliche Veräußerung müßte, falls sie mehr oder weniger fingiert, ja selbst wenn sie ausdrücklich erklärt wäre, damit jedenfalls an der Unredlichkeit des Alteigentümers scheitern.<sup>131</sup>

Eine Differenzierung danach, ob der Einräumung unmittelbaren Besitzes eine Übereignung vorangegangen war oder sie nur der Abwicklung eines Miet- bzw. Verwahrungsvertrags dient, wäre allerdings von vornherein sachwidrig. So ist denn an dem Dilemma der h. M. nicht vorbeizukommen. Der (ehedem) Berechtigte, mag er schon längst Eigentümer gewesen sein oder das Recht erst vom unmittelbaren Besitzer erworben haben, steht schlechter als derjenige, dessen Erwerb zunächst wegen § 933 BGB mißlungen war. Der Widerspruch ist durchaus nicht zufällig. In ihm bildet sich die Spannung zwischen dem § 933 BGB, der redlichen Erwerb blockiert, solange der Berechtigte auf die Sache zugreifen kann, und einer h. M. ab, die bei § 934 BGB übertrieben den Sinneswandel des unmittelbaren Besitzers berücksichtigt.

(6) Aus dem eigenen System fällt die h. M., wenn ein Vorbehaltskäufer über seine Anwartschaft verfügt und dem Sicherungsnehmer den Besitz mittelt. Die Veräußerung soll zu einer Besitzleiter führen, in der der Eigentümer mittelbarer Eigenbesitzer zweiter Stufe, der Zweiterwerber mittelbarer Fremdbesitzer erster Stufe ist.<sup>132</sup>

<sup>131</sup> Hager, WM 1980, 670. – Im Fall RGZ 156, 122, 127f. hatten – im Unterschied zu den hier besprochenen Sachverhalten – Zweifel an der Wirksamkeit der ersten Auflassung bestanden; das mag eine abweichende Wertung rechtfertigen.

<sup>132</sup> Vgl. etwa BGHZ 28, 16, 27; Palandt/Bassenge, § 929, 6 Cb bb; MünchKomm/Joost, § 871, 4; Baur, § 59 V 2b; Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 562; Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht Rdn. 338; Georgiades, Eigentumsanwartschaft S. 32ff., 128; Mormann, Ehrengabe für Heusinger S. 200 mit dem Argument, es komme nur auf den Willen des unmittelbaren Besitzers an; das gestufte Besitzgebäude entstehe, sobald er für zwei Oberbesitzer die Gewalt ausübe.

Die h. M. zu verteidigen, haben eine Reihe von Autoren unternommen. Zunft, NJW 1957, 477f. postuliert eine „Besitzmittlung für den, den es angeht“. Das stimmt nicht mit der These des BGH vom Fehlen schuldrechtlicher Beziehungen überein (vgl. die Nachw. in Fn. 133), wirkt spätestens dann gequält, wenn der Vorbehaltsverkäufer der Verfügung über die Anwartschaft ausdrücklich, wenn auch erfolglos, widerspricht. Das dingliche Recht des Anwartschaftserwerbers, bei Bedingungseintritt Eigentümer zu werden (so Zunft, NJW 1957, 448), begründet in seiner Hand kein schuldrechtliches Verhältnis, auf dem das höherrangige Recht des Vorbehaltsverkäufers basieren könnte. – Henke, JZ 1959, 203 verneint einen wirksamen Herausgabeanspruch des Zweiterwerbers, da die Forderung bedingt sei; das steht ihrer Existenz, damit mittelbarem Besitz, nicht im Wege (vgl. nur Staudinger/Bund, § 868, 20 und speziell zu Henke Brem, Nebenbesitz S. 36).

Bestehen aber – wie auch der BGH ausdrücklich einräumt<sup>133</sup> – zwischen dem Vorbehaltsverkäufer und dem Zweiterwerber keinerlei schuldrechtliche Beziehungen, fehlt dementsprechend mit dem Herausgabeanspruch eine unverzichtbare Komponente des mittelbaren Besitzes, so sieht sich das Gericht zu einer Rechtfertigung seiner Konstruktion genötigt, die gleichermaßen aus dem Fundus der Verfechter des Nebenbesitzes stammen könnte: Der unmittelbare Besitzer, der bereits Besitzmittler sei und es auch im Verhältnis zu seinem bisherigen mittelbaren Besitzer bleiben wolle, könne zusätzlich einem Dritten mittelbaren Besitz einräumen.<sup>134</sup> Kein schuldrechtliches Band zwischen den beiden mittelbaren Besitzern, dafür eine direkte Besitzmittlung des unmittelbaren Besitzers gegenüber beiden, die der gängigen Vorstellung einer zweifachen Stufung geradewegs zuwiderläuft<sup>135</sup> – eindeutiger kann das Defizit eines Lehrgebäudes kaum zutage treten, das die Besitzregelung im BGB für abschließend halten will und doch mit ihr allein nicht auszukommen vermag. Auf die Frage, wie denn der Zweiterwerber in das bestehende Besitzmittlungsverhältnis ohne Zutun des Vorbehaltsverkäufers eindringen könne,<sup>136</sup> weiß man keine rechte Antwort.<sup>137</sup>

Auch einige Anhänger der h. M. halten mit Blick auf diese Schwierigkeiten ihre strenge Ablehnung des Nebenbesitzes nicht durch, sondern sehen sich zu Zugeständnissen genötigt.<sup>138</sup> Um ihre Prämisse zu retten, müssen sie freilich von der

<sup>133</sup> BGHZ 28, 16, 28; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 383. – Der von MünchKomm/Joost, § 871, 4 genannte § 985 BGB ist nur dinglicher Natur und soll ansonsten nur genügen, wenn das schuldrechtliche Verhältnis vereinbart war, jedoch an einem Mangel leidet (MünchKomm/Joost, § 868, 16). Davon ist hier jedoch nicht die Rede, da das schuldrechtliche Verhältnis von vornherein nicht begründet wird. Nicht jeder Vindikationsgläubiger ist mittelbarer Besitzer.

<sup>134</sup> BGHZ 28, 16, 28.

<sup>135</sup> *Michalski*, AcP 181, 410; *Brem*, Nebenbesitz S. 36 f.; *Weise*, Dogmatik S. 32 f.; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 338 meint, der BGH sehe darin keinen wesentlichen Unterschied; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft S. 128 will § 871 BGB analog anwenden. Das sprengt die h. M. von der Exklusivität des gesetzlich normierten Besitzes; es vermeidet die Figur des Nebenbesitzes nur mehr der Nomenklatur nach.

<sup>136</sup> *Staudinger/Bund*, § 871, 7; *Serick*, I § 11 III 3 = S. 261 f.; *Poble*, MDR 1956, 732; *Henke*, JZ 1959, 203; *Weise*, Dogmatik S. 35 ff.

<sup>137</sup> Vgl. etwa *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 562, der, insoweit Anhänger des BGH, die Aporie auf die Anerkennung der Anwartschaft als selbständiges Recht schiebt. – *Zunft*, JZ 1959, 279 f. zieht eine Parallele zum Nachlaßverwalter, der sich ohne Einverständnis der Beteiligten in eine Besitzleiter einschleichen könne. Das ist nicht richtig; In all diesen Fällen bestehen (notfalls durch Urteil erzwungene) Besitzmittlungsverhältnisse und damit schuldrechtliche Beziehungen. Entweder wird der Erbe mittelbarer Besitzer erster Stufe, sein Oberbesitzer damit mittelbarer Besitzer zweiter Stufe, oder der mittelbar besitzende Erbe zediert den Herausgabeanspruch und vereinbart mit dem Abtretungsempfänger neuen Oberbesitz zweiter Stufe (vgl. zu diesen konstruktiven Fragen nur *Staudinger/Bund*, § 871, 4, 6).

<sup>138</sup> Ausführlich *Michalski*, AcP 181, 408 ff., der sich den Vertretern der Lehre vom Nebenbesitz insoweit anschließt (aaO. S. 414); vgl. speziell zu dieser Frage etwa *Westermann*, NJW 1956, 1298; *Paulus*, JZ 1957, 45; *Poble*, MDR 1956, 732; *Serick*, I § 11 III 4 = S. 263 f.; *Staudinger/Bund*, § 871, 7; tendenziell folgt den Vertretern der Lehre vom Nebenbesitz auch



Verfügung über die Anwartschaft rigoros diejenige des Vorbehaltskäufers über sein angebliches Eigentum sondern, bei der kein Nebenbesitz entstehe.<sup>139</sup> Selbst wenn man davon absähe, daß in derartigen Geschäften als minus die Übertragung der Anwartschaft enthalten ist,<sup>140</sup> die Unterscheidung daher schon recht rabulistisch wirkt,<sup>141</sup> so läßt sich jedenfalls nicht in Abrede stellen, daß man zum Problem des Nebenbesitzes als solchem Stellung zu nehmen hat.<sup>142</sup>

Die grundlegende Aporie kann man den übrigen Anhängern der h.M. ebenfalls nicht ersparen, spätestens dann nicht, wenn der Zweiterwerber der Anwartschaft ohne Wissen des unmittelbaren Besitzers den Herausgabeanspruch an einen Dritten zediert. Will man wirklich nur die nach außen hervortretende Absicht des unmittelbaren Besitzers den Ausschlag geben lassen, dürfte das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers nicht angetastet werden, mag dieser sich doch gerade der Vertragstreue seines Partners versichert haben. Auch das kunstvolle Besitzgebäude ändert weder am Willen des unmittelbaren Besitzers etwas, seine Pflicht dem Verkäufer gegenüber zu erfüllen, noch hindert es ihn, den damit durchaus zu vereinbarenden Verbindlichkeiten aus dem zweiten Besitzmittlungsverhältnis nachzukommen. Aus der Besitzstufung irgendeine Schlüsse zu ziehen – etwa derart, der bisherige Eigentümer sei als mittelbarer Besitzer zweiter Stufe in geringerem Maße abgesichert<sup>143</sup> –, bricht jedenfalls mit der These vom Primat des Entschlusses des mittelbaren Besitzers.

(7) Letztlich kann die h.M. den Gegensatz zur positiven Regel des § 936 Abs. 3 BGB und der in ihm involvierten Wertung nicht überbrücken.<sup>144</sup> Man ist sich darüber einig, daß die (lastenfreie) Übereignung fehlschlägt, wenn der Vorbehaltsver-

---

*Palandt/Bassenge*<sup>46</sup>, § 868, 1 b bb; ebenso *Reinicke*, Anwartschaft S. 27 Fn. 58, da die Besitzstellungen miteinander vereinbar seien.

<sup>139</sup> *Michalski*, AcP 181, 414 iVm. 400 ff.; *Palandt/Bassenge*<sup>46</sup>, § 868, 1 b bb; *Lange*, JuS 1969, 164.

<sup>140</sup> Vgl. dazu oben § 8 II 1 a (1).

<sup>141</sup> *Palandt/Bassenge*<sup>46</sup>, § 868, 1 b bb (der Satz ist ab 47. Aufl. ersatzlos gestrichen) nimmt nur bei der Verfügung über das dem unmittelbaren Besitzer nicht gehörende Eigentum Erlöschen des Besitzmittlungsverhältnisses zum Vorbehaltsverkäufer an, nicht dagegen bei Veräußerung der Anwartschaft. Auch im ersten Fall ist man spätestens dann, wenn der Vorbehaltskäufer seinem Verkäufer die Vertragstreue manifestiert und dadurch das zerschnittene Besitzband wieder knüpft (RGRK/*Kregel*, § 868, 21), aufs neue bei der doppelten Besitzmittlung angelangt, da der mittelbare Besitz dem zweiten Oberbesitzer gegenüber, der als minus die Anwartschaft erwarb, erhalten bleibt.

<sup>142</sup> Was denn *Michalski*, AcP 181, 415 f. konsequent, wenn auch ohne Überzeugungskraft hinsichtlich des Ergebnisses, unternimmt.

<sup>143</sup> Wie dies implizit wohl BGH WM 1977, 1090, 1091 tut; vgl. schon Fn. 111. – Unterschiede können sich ergeben wegen des Erlöschens des Herausgabeanspruchs des Berechtigten; vgl. dazu unten § 8 II 2 c (1).

<sup>144</sup> *Wacke*, Besitzkonstitut S. 56 Fn. 130; wohl auch *Marotzke*, Anwartschaft S. 131 Fn. 37. – Wenn *Michalski*, AcP 181, 417 die Ablehnung des Nebenbesitzes, die sich der Diskrepanz der §§ 933, 934 BGB zu stellen hat, mit dem Argument zu stützen versucht, nicht einmal unmittelbarer Besitz des Eigentümers hindere redlichen Erwerb, so macht er nicht deutlich, daß er sich insoweit in Widerspruch zur ganz h.M. begeben hat (vgl. oben § 8 I mit Fn. 6).

käufer seinen Herausgabeanspruch gegen den Vorbehaltskäufer an einen Dritten zediert, mag dieser auch redlich sein; in analoger Anwendung des § 936 Abs. 3 BGB bleibt die Stellung des Anwärters unangreifbar.<sup>145</sup> Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer seine Anwartschaft vorher an einen Dritten zur Sicherheit veräußert hatte und diesem seinen Partner den Besitz mittelt<sup>146</sup> – was vom Zweck des § 936 Abs. 3 BGB her unmittelbar einleuchtet. Leitet sich seine Ratio aus dem Schutz des Besitzers ab,<sup>147</sup> dann ist ein unmittelbarer Besitzer, der seine eigenen Rechte hütet, ebenso einzustufen wie derjenige, der dies im Auftrag eines Dritten tut. Muß ferner der Erwerber mit dinglichen Befugnissen des Inhabers der unmittelbaren Gewalt rechnen,<sup>148</sup> so nützt es ihm nichts, wenn dieses Recht inzwischen weitergereicht wurde, der Besitz aber im Auftrag des Erwerbers ausgeübt wird.

Wer, um den spiegelbildlichen Fall zu nehmen, Verfügungen des Zweiterwerbers durch Zession seines Herausgabeanspruchs trotz der nach wie vor bestehenden und

<sup>145</sup> BGHZ 45, 186, 190; *Jauernig*, § 929, 6 E a; § 930, 5 Fb aa; *Palandt/Bassenge*, § 929, 6 Aa aa; § 936, 1; *Erman/A. Schmidt*, § 936, 1; *Soergel/Mühl*, § 929, 26; § 936, 3; *AK/Reich*, § 929, 34; § 936, 2; *RGRK/Pikart*, § 936, 16; *RGRK/Steffen*, § 161, 7; *MünchKomm/H. P. Westermann*, § 161, 19; § 455, 48; *Staudinger/Honsell*, § 455, 35; *Baur*, § 59 V 5b bb; *Wolff/Raiser*, § 70 II Fn. 5; *v. Tuhr*, II 2 S. 304 Fn. 86; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 462; *Paulus*, Festschrift für Nipperdey I S. 917; *Serick*, I § 11 V 1 = S. 273; § 15 VII 1 = S. 446 mwN. in Fn. 108; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 34; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 44; *Valentin*, Gutgläubensschutz S. 54f. (da die Anwartschaft ein dingliches Recht sei); *Brox*, JuS 1984, 659; ebenso für einen mittelbar besitzenden Sicherungsgeber bei auflösend bedingter Übereignung; vgl. statt aller *Palandt/Bassenge*, § 930, 4b cc; § 936, 1; a. A. *MünchKomm/Quack*, § 936, 5, der § 161 Abs. 3 BGB iVm. den §§ 932 ff. BGB direkt anwenden will; ohne Begründung wohl auch *Soergel/Knopp*<sup>14</sup>, § 161, 10.

*Kress*, Besitz S. 193 Fn. 569 will in solchen Fällen zu Unrecht bereits dem Vorbehaltsverkäufer den mittelbaren Besitz absprechen, um eine Rechtlosstellung des Vorbehaltskäufers durch redlichen Erwerb eines Dritten zu verhindern; im Ergebnis ebenso jedoch *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 74.

*Marotzke*, Anwartschaft S. 131 zweifelt an der Notwendigkeit der Konstruktion, da nach Bezahlung des Kaufpreisanspruches durch den Anwärter auch der mittelbare Besitz und damit der Herausgabeanspruch erlösche. Macht man jedoch ernst mit dem relevanten Zeitpunkt – Schutz ab der Zession, soweit sie mit (partieller) Erbringung der Gegenleistung verknüpft ist –, so kann späteres Erlöschen des schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs das (lastenfrei erworbene) Eigentum nicht zu Fall bringen.

<sup>146</sup> KG OLGE 41, 184, 185; zustimmend weite Teile der Literatur; vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 936, 3b; *StudK/M. Wolf*, § 936, 6a; *Erman/A. Schmidt*, § 936, 4; *MünchKomm/Quack*, § 936, 18; *Soergel/Mühl*, § 936, 4; *RGRK/Pikart*, § 936, 17 im Gegensatz zu § 936, 16 (die dort zitierte Entscheidung BGHZ 57, 166, 169f. beschäftigt sich allerdings mit der Frage, ob die Sache dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist, wenn sie der unmittelbare aufgibt; den hier interessierenden Aspekt des Herausgabeanspruchs des Eigentümers hat der BGH nicht geprüft); *Staudinger/Berg*<sup>14</sup>, § 936, 9; *Westermann*, § 50, 2; *Wolff/Raiser*, § 70 II Fn. 5; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 433 jeweils für den Fall des mittelbaren Besitzes des Pfandrechtsinhabers. Die mit einem dinglichen Recht insoweit gleich zu behandelnde Anwartschaft muß dann ebenfalls unter § 936 Abs. 3 BGB fallen, auch wenn der Berechtigte nur mittelbar besitzt.

<sup>147</sup> KG OLGE 41, 184, 185.

<sup>148</sup> Vgl. § 8 I mit Fn. 9.

vom Besitzer oft auch anerkannten Zugriffsmöglichkeit des Eigentümers anders beurteilen will,<sup>149</sup> setzt sich in diametralen Widerspruch zu diesem Ergebnis, er sichert den Vollrechtsinhaber schlechter ab als den Anwärter, ohne einen Grund für diese Ungleichbehandlung nennen zu können, obgleich zudem der Erst-recht-Schluß wesentlich näher läge. Daß der Gesichtspunkt vom BGH regelmäßig nicht untersucht wird,<sup>150</sup> ist um so bedauerlicher, als sein Resultat, selbst wenn es konstruktiven Einwänden standhielte, deswegen noch keineswegs seine Verträglichkeit mit der gesetzlichen Wertung des § 936 Abs. 3 BGB nachgewiesen hätte, die redlichem Erwerb nicht nur bei unmittelbarem Besitz des Berechtigten,<sup>151</sup> sondern auch dort Einhalt gebietet, wo Erwerber und Eigentümer in gleicher Weise auf die Sache zugreifen können.

Angesichts des § 936 Abs. 3 BGB entpuppt sich ein weiterer Lösungsansatz als unfruchtbar, der insbesondere der Benachteiligung des Erwerbs vom Berechtigten gegenüber der Verfügung des Nichteigentümers einen Riegel vorschieben will: Habe der Sicherungsnehmer zunächst die Anwartschaft vom (insoweit zuständigen) Vorbehaltskäufer erhalten, sei diese hinterher zum Eigentum erstarkt, so sollen beide Befugnisse einen je unterschiedlichen Weg nehmen können. In Analogie zu § 1256 Abs. 2 BGB gelte die Anwartschaft als nicht erloschen, wenn später das Eigentum redlich von einem Dritten erworben werde, weil und soweit für diese Anwartschaft kein Rechtsschein spreche. Durch Zahlung der fehlenden Summe könne der Anwärter das Eigentum auf sich überleiten.<sup>152</sup>

Daran stört schon die gekünstelte, im Ergebnis auch keineswegs die eigene Zusage einlösende Prämisse. Wenn der gute Glaube an die fehlende Anwartschaft schon nicht durch die §§ 933f. BGB geschützt wird,<sup>153</sup> so doch jedenfalls durch § 936 Abs. 1 S. 1, 3 BGB; ansonsten gäbe die Diskussion um die analoge Anwendung von § 936 Abs. 3 BGB von vornherein keinen Sinn.<sup>154</sup> Farbe muß man ohnehin bekennen, sobald es gilt, die Reichweite dieser Norm abzustecken, weswegen die Argumentation mit einer angeblich trotz Erwerbs des Eigentums nicht erloschenen Anwartschaft nur einen überflüssigen Umweg dokumentiert. Hilft sie schon nicht weiter, wo eine unbedingte Übereignung vorangegangen war, die der Sicherungs-

<sup>149</sup> So etwa *Michalski*, AcP 181, 414 ff.

<sup>152</sup> Vgl. die Kritik von *Marotzke*, Anwartschaft S. 131 Fn. 37.

<sup>151</sup> Vgl. oben § 8 I.

<sup>152</sup> So *Derleder*, JuS 1979, 481 f.; ablehnend *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 70f.

<sup>153</sup> *Derleder*, JuS 1979, 481; *ders.*, JuS 1979, 482 will das Anwartschaftsrecht nicht erlöschen lassen, wenn der Erwerber der Meinung sei, mit einer Anwartschaft belastetes Eigentum zu erwerben, es nur beim Falschen vermutet, da nicht, wie angenommen, der unmittelbare, sondern ein weiterer mittelbarer Besitzer sein Inhaber ist. Das stimmt nicht mit der vorangegangenen These überein, der Erwerber habe von der wirksamen Aufhebung des Anwartschaftsrechts ausgehen können, da es sein schützenswertes, von allen Beteiligten gutgeheißenes Interesse gewesen sei, auch nach der Kaufpreiszahlung das Eigentum zurückzuerhalten, um so Zweckentfremdungen, die gegen die Intention der Kreditvergabe verstießen, sanktionieren zu können (so *Derleder*, JuS 1979, 480f.).

<sup>154</sup> Vgl. nur *Wolff/Raiser*, § 70 II für den Parallellfall des Pfandrechts.

nehmer zudem mit einer entsprechend höheren Kreditsumme erkaufte hatte, also keine Anwartschaft zwischengeschaltet war, so bedarf es ihrer auch nicht. § 936 Abs. 3 BGB schirmt nicht nur den mittelbar besitzenden Anwärter vor der Gefahr des Rechtsverlusts ab, sondern auch und erst recht denjenigen, der (inzwischen) Eigentümer geworden war.

#### c) Die Lehre vom Nebenbesitz

Doch auch die Lehre vom Nebenbesitz verkürzt die Perspektive allzusehr. Wie-wohl sie zum umgekehrten Resultat gelangt, teilt sie mit der h.M. den Ausgangspunkt, da sie gleich ihr die Absicht des unmittelbaren Besitzers in ihrer Rolle für die Lösung überschätzt, allerdings andere Schlüsse zieht: Nur wenn er beide Oberbesitzer anerkenne, verhindere er redlichen Erwerb. Damit verfehlen auch die Anhänger dieser These den angemessenen Ausgleich zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber.

(1) Die geläufige Definition läßt prägnante Konturen vermissen. Nebenbesitz soll vorliegen, wenn der unmittelbare Besitzer ein Doppelspiel treibe.<sup>155</sup> Bei näherer Umschreibung der zeitlichen Dimension gerät man unversehens in Schwierigkeiten. Selten nämlich wird der unmittelbare Besitzer zu exakt demselben Moment unterschiedlichen Oberbesitzern gegenüber seine Bereitschaft dokumentieren, ihnen (weiterhin) den Besitz zu mitteln.<sup>156</sup> Nicht ohne Plausibilität wendet die h.M. immer wieder ein, regelmäßig, so auch in den bisher höchstrichterlich entschiedenen Fällen, hätten sich die gegensinnigen Bestätigungen nicht synchron, sondern nacheinander abgespielt.<sup>157</sup> Eine vorangegangene Unterwerfung darf nach einem Konzept, das den Willen des unmittelbaren Besitzers hochhält, diesen nicht an der Sinnesänderung hindern. Die Vereinbarung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses braucht als solche noch kein Doppelspiel zu dokumentieren, könnte vielmehr redlichen Erwerb zum Abschluß bringen, an dem eine spätere erneute Subordination unter den ersten Oberbesitzer nicht mehr zu rütteln vermag.<sup>158</sup>

(2) Da sich infolgedessen das Doppelspiel nicht erschöpfend aus den Aktionen des unmittelbaren Besitzers ablesen läßt, scheint es unvermeidbar zu sein, seine Inten-

<sup>155</sup> So etwa *Baur*, § 52 II 4 c bb; *Westermann*, § 19 II 4; § 48 III; *Lange*, JuS 1969, 164; *Lange/Scheyhing*, Fälle zum Sachenrecht S. 51; wohl auch *Wacke*, Besitzkonstitut S. 54 f.; *Weise*, Dogmatik S. 63 f., der das Institut des Nebenbesitzes aus einer Gesamtanalogie zu den §§ 865, 866, 868 BGB ableitet (S. 68).

<sup>156</sup> *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 617 mit einem Beispiel: Während der Prinzipal ein neues Besitzmittlungsverhältnis begründet, bestätigt sein Prokurist den Oberbesitz des Eigentümers.

<sup>157</sup> *RGRK/Kregel*, § 868, 21; *Michalski*, AcP 181, 401; weitere Schwierigkeiten, den Nebenbesitz in die gesetzliche Regelung etwa des Besitzschutzes oder der Ersitzung zu integrieren, schildert *Picker*, AcP 188, 537 ff.

<sup>158</sup> *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 617; *Picker*, AcP 188, 541 ff. – Der weitere Einwand *Pickers*, AcP 188, 539 f., der Besitzmittler könne sich objektiv gar nicht beiden Kreditgebern gegenüber als wirklicher Mittler verhalten, sondern dies nur vortäuschen, damit das Schicksal der Sache allenfalls in der Schwebe halten, trifft nicht den Kern. Die These des Nebenbesitzes knüpft ja gerade an objektiv mehrdeutiges Verhalten an.

tionen unter die Lupe zu nehmen. Nebenbesitz setzt demnach voraus, daß die Vereinbarung des zweiten Oberbesitzes dem bisherigen mittelbaren Besitzer verschwiegen werden soll.<sup>159</sup>

Genaugenommen ist die Verheimlichungsabsicht nicht in allen hierher gehörenden Fällen verwertbar. Sicherlich wird der Vorbehaltskäufer es dem Eigentümer gegenüber oft zu vertuschen versuchen, wenn er einem Dritten das ihm gar nicht gehörende Gut veräußert. Die Begründung dieses neuen Besitzmittlungsverhältnisses kann nach § 933 BGB dem Erwerber schon nicht das Eigentum verschaffen; doch auch der Zessionar des Herausgabeanspruchs, und hier setzt die Lehre vom Nebenbesitz gegenüber der traditionellen Sicht neue Akzente, wäre nicht begünstigt.

Der Vorbehaltskäufer dagegen, der nur über die ihm tatsächlich zustehende Anwartschaft verfügt,<sup>160</sup> hat keinerlei Anlaß, dies dem Vorbehaltsverkäufer nicht kundzutun; verhält er sich doch völlig korrekt. Es wäre allerdings ein kaum faßlicher Unterschied, sollte hier die Verfügung des Zweiterwerbers über sein angebliches Eigentum, in deren Vollzug er die Forderung gegen den Vorbehaltskäufer an seinen Partner abtritt, von Erfolg gekrönt sein. Vertragswidriges Verhalten einmal des Vorbehaltskäufers, das andere Mal des Zweiterwerbers voneinander abzuheben würde einer inneren Rechtfertigung entbehren. Denn immer vermeidet es der unmittelbare Besitzer, die bisherige besitzrechtliche Beziehung abzubrechen,<sup>161</sup> im zweiten Fall schon deswegen, weil er dafür gar kein Motiv hätte.

Auch in seiner erweiterten Formulierung versagt das Kriterium, soweit die Täuschung des Oberbesitzers mißlingt, dessen Wachsamkeit sich somit zu seinem Nachteil auswirken kann,<sup>162</sup> der unmittelbare Besitzer die Sache bewußt unterschlägt und damit das Besitzband kappen will<sup>163</sup> oder aber fälschlich glaubt, das ursprüngliche Besitzmittlungsband habe sich erledigt.<sup>164</sup> Das kann Folge eines selbstverschuldeten Irrtums,<sup>165</sup> aber auch einer Täuschung durch den verfügenden Nichteigentümer sein, der den unmittelbaren Besitzer, etwa durch eine angebliche

<sup>159</sup> *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 617 f.

<sup>160</sup> Für diese Gestaltung läßt es *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 625 Fn. 46 offen, ob Nebenbesitz zu bejahen sei; *ders.*, Bürgerliches Recht Rdn. 562 gibt deutliche Vorbehalte zu erkennen. Daß der Zweiterwerber der Anwartschaft hier nicht Eigenbesitzer werde (so *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 562), überzeugt nicht, da die Prämisse, Nebenbesitz müsse immer Eigenbesitz sein, nicht näher untermauert wird. Zum einen setzt redlicher Erwerb nicht den Eigenbesitz des Verfügenden voraus (vgl. oben § 7 II 1 b). Zum anderen will spätestens der Zessionar die Kaufsache als eigene (mittelbar) besitzen.

<sup>161</sup> So in der Formulierung auch *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 620, der jedoch den Unterschied zu seiner sonstigen Definition nicht deutlich macht.

<sup>162</sup> *Picker*, AcP 188, 547 f.

<sup>163</sup> *Picker*, AcP 188, 541 ff.

<sup>164</sup> Das räumt auch *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 618 ein; er hält die Fälle aber für selten.

<sup>165</sup> So lag es im Fall RGZ 119, 152, 154: Ein Angestellter des Lagerhalters hatte versehentlich die falsche Ware für die Versendung hergerichtet und so den Besitz für den Nichtberechtigten ausgeübt.

Zustimmung des Eigentümers, dazu veranlaßt, dem Erwerber den mittelbaren Besitz einzuräumen. Sobald der Besitzer das alte Besitzmittlungsverhältnis zerstört, wozu es zwar einer eindeutigen Handlung bedarf, was aber nicht bloß durch ein dem bisherigen Oberbesitzer erkennbares Verhalten möglich sein soll,<sup>166</sup> er ihm aber die Sache nach einem erneuten Sinneswechsel zurückgibt, kommen wiederum all die Ungereimtheiten zum Vorschein, die schon der h. M. Kopfzerbrechen bereitet hatten.<sup>167</sup> So mag der Eigentümer und Oberbesitzer seine Befugnis eingebüßt haben, weil sich der unmittelbare Besitzer in die Verfügung eines Dritten integriert und dem Erwerber den Besitz vermittelt hatte.

Den Erwerb kann auch die Rückgabe der Sache an den ehemals Berechtigten nicht ungeschehen machen. Eine Übergabe, die dagegen in eine zunächst mißlungene Verfügung eingebunden war, würde den redlichen Erwerb nunmehr zum Erfolg führen. Auch die Lehre vom Nebenbesitz sieht sich also mit der wenig eingängigen Privilegierung des Erwerbs vom Nichtberechtigten im Vergleich mit der Verfügung eines Berechtigten konfrontiert. Die Diskrepanz durch eine mehr oder weniger fiktive prophylaktische Einigung bei der Übergabe aufzulösen, geht wiederum nicht ohne Verwicklungen ab, wenn der Berechtigte die Sache nur vermietet hatte und daher kein Motiv zu einer solchen Übereignung haben kann, soll er nicht jedenfalls seine Redlichkeit einbüßen. Letztlich erliegt die Lehre vom Nebenbesitz derselben Schwäche wie die h. M., wenn sie das Schicksal der Verfügung in das Belieben des unmittelbaren Besitzers stellt.<sup>168</sup>

#### d) Der Herausgabeanspruch des Berechtigten

Mit der Formulierung, es genüge auch ein unbewußtes Doppelspiel des unmittelbaren Besitzers,<sup>169</sup> rücken einzelne Autoren ebenso von einer rein subjektiven Sicht ab wie der Vorschlag, in den Fällen des § 934 BGB trete redlicher Erwerb erst mit Erlangung des unmittelbaren Besitzes ein, wenn der gegenwärtige Besitzer zunächst dem bisherigen Eigentümer den Besitz vermittelt habe und seitdem weder eine Änderung des unmittelbaren Besitzes eingetreten sei noch der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Veräußerer oder Erwerber übertragen habe.<sup>170</sup> Der Besitzmittlungswille des Schuldners spielt in beiden Definitionen keine Rolle. In der Tat kann nur eine Abgrenzung nach objektiven Kriterien überzeugen. Die Verfügung

<sup>166</sup> So *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 620 im Anschluß an RGZ 135, 75, 80.

<sup>167</sup> Vgl. dazu oben § 8 II 2 b (5).

<sup>168</sup> Die weitergehende Anregung von *Wacke*, Besitzkonstitut S. 53 f. mit Fn. 124 und *Römer*, Mobilärerwerb S. 251, § 934 Fall 2 BGB auf diejenigen Fälle zu begrenzen, in denen der Erwerber unmittelbarer Besitzer wird, kann in der Konfrontierung zu § 934 Fall 1 BGB nicht überzeugen. Die von *Wacke*, aaO. als Beleg angeführte h. M. zu § 1207 BGB, die auf Übergabe der Sache insistierte, befindet sich – da in der Tat ungereimt – auf dem Rückzug; vgl. *Staudinger/Wiegand*, § 1207, 11 mwN.

<sup>169</sup> *Baur*, § 52 II 4 c bb; *Lange*, Sachenrecht § 10 II B 2 b Fn. 29; ferner die Vertreter einer Sperrwirkung bereits des Herausgabeanspruchs; vgl. dazu oben die Nachw. in Fn. 97; ferner OLG Hamburg HansRGZ 1931, 410, 414.

<sup>170</sup> *Müller*, AcP 137, 87 ff., zusammenfassend 93.

mißglückt, solange der Erwerber nicht näher an das Gut herangekommen ist als der Eigentümer, mit anderen Worten: soweit dieser mittels eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs auf die Sache zugreifen kann.<sup>171</sup>

(1) Die Analyse des § 933 BGB hatte veranschaulicht, daß er auf demselben Gedanken fußt.<sup>172</sup> Der Entschließung des Veräußerers war bei der Interpretation dieser Norm kein Gewicht zugekommen. Selbst wenn der Verfügende, für Dritte ersichtlich, seine Bereitschaft aufgekündigt hatte, dem Berechtigten weiterhin den Besitz zu mitteln – was bei einer Veräußerung im Rahmen eines Umsatzgeschäfts fraglos der Fall ist –, so konnte er seinem Partner das Eigentum nicht verschaffen, sofern das Gut dem Zugriff des Berechtigten noch ausgesetzt war.

Nachdem sich die Erwartung zerschlagen hat, die Diskrepanz zwischen § 933 BGB und § 934 BGB aus der Besitzaufgabe des Veräußerers legitimieren zu können,<sup>173</sup> bräche der Widerspruch zwischen beiden Normen erneut in aller Schärfe auf, sollten sie in ihren Resultaten so signifikant differieren und sich damit § 934 BGB als bequeme Umgehung des § 933 BGB anbieten. Angesichts der Abgrenzungsprobleme ließe sich der Kontrast schlichtweg nicht begründen.<sup>174</sup> Solche Brüche zu vermeiden, die beiden Vorschriften in ihrer Auslegung aufeinander abzustimmen ist ein nachgerade zwingendes Postulat.<sup>175</sup> Hier wie dort blockiert der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den unmittelbaren Besitzer den redlichen Erwerb des Dritten – ein auch teleologisch gesicherter Befund, der das Bekenntnis zum rechtspolitischen Fehler des Gesetzgebers erübrigt, zu dem sich die h.M. durchringen muß. Die §§ 933, 934 BGB ragen nicht als erratische Blöcke aus dem System des redlichen Erwerbs, interpretiert unter einheitlichem Ansatz, fügen sie sich vielmehr nahtlos ein. Das bedingt eine geringfügige Erweiterung des § 933 BGB, da er nur bei einem tatsächlich existenten Herausgabeanspruch des Eigentümers den redlichen Erwerb verhindert, andererseits ist § 934 BGB in Übereinstimmung mit den §§ 933, 936 Abs. 3 BGB zu restringieren.

<sup>171</sup> Ebenso im Ergebnis *Picker*, AcP 188, 554 ff., 568. Eine zentrale Rolle spielt bei *Picker* die Vermutung des § 1006 Abs. 3 BGB, die jedoch entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht an den mittelbaren Besitz, sondern an den Herausgabeanspruch anknüpfe (AcP 188, 558 ff.), die ältere Forderung gehe vor (AcP 188, 565). Dagegen läßt sich zwar nicht vorbringen, das BGB pflege Vermutungen an Sichtbares und nicht an unsichtbare Ansprüche zu knüpfen (so indes *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 558 Fn. 5); auch der mittelbare Besitz ist nicht sichtbar. Doch ist der Umweg über § 1006 Abs. 3 BGB zumindest überflüssig, da der redliche Erwerb nicht durch § 1006 BGB legitimiert werden kann (vgl. oben § 7 II 1 c). Natürlich dürfte den beiden Problemen ein gemeinsames Prinzip zugrunde liegen, das indes wohl umgekehrt strukturiert ist: Weil der redliche Erwerb angesichts des realisierbaren Herausgabeanspruchs des bisherigen Eigentümers mißlingt, spricht diese Forderung auch im Rahmen des § 1006 Abs. 3 BGB für das nach wie vor bestehende Eigentum des bislang Berechtigten.

<sup>172</sup> Vgl. oben § 8 II 1 c.

<sup>173</sup> Vgl. oben § 8 II 1 b.

<sup>174</sup> *Müller*, AcP 137, 89; *Picker*, AcP 188, 521.

<sup>175</sup> Unter methodischem Aspekt ist eine solche Interpretation, die es sich zum Ziel gesetzt hat, Wertungswidersprüche zu vermeiden, allgemein anerkannt; vgl. nur *Larenz*, Methodenlehre S. 321 ff.

(2) Die Unentbehrlichkeit des Besitzmittlerwillens aus dem Institut des Nebenbesitzes als solchem deduzieren zu wollen<sup>176</sup> wäre ein von vornherein aussichtsloses Unterfangen. Nebenbesitz als Sperre redlichen Erwerbs schildert einen Interessenkonflikt, der im BGB nicht ausdrücklich geregelt ist, wenngleich sich die Lösung deutlich anhand der §§ 933, 936 Abs. 3 BGB abzeichnet. Deren Vorgaben waren daher zu durchleuchten; das Ergebnis kann indes nicht durch ein den Konflikt nur in Umrissen markierendes Schlagwort prädestiniert sein. Wo die Verfechter der Lehre vom Nebenbesitz ihre Wertung präzisieren, büßt der Wille des Besitzers schnell sein Gewicht ein. Entscheidend sei – so die gängige Argumentation –, daß der Erwerber nicht näher an die Sache herangekommen sei als der Eigentümer<sup>177</sup> – eine Formel, die auf Anforderungen an den Besitzerwillen verzichtet.<sup>178</sup>

Daher mag offen bleiben, ob man in Anlehnung an die objektive Theorie den Besitzbegriff von der Bereitschaft des unmittelbaren Besitzers, sich unterzuordnen, abkoppeln soll.<sup>179</sup> Die Sperrwirkung des Herausgabeanspruchs wird durch eine solche dogmatische Systematisierung nicht aus den Angeln gehoben. Der Hinweis, die Rechtsfolgenerstreckung, die den mittelbaren Besitz konstituiere, könne nicht auf zwei voneinander unabhängige Personen vorgenommen werden,<sup>180</sup> vermag nichts mehr auszurichten, da er sich allenfalls dazu eignet, den Bereich des § 869 BGB abzustecken, ohne die Funktion des Herausgabeanspruchs als Blockade redlichen Erwerbs außer Kraft zu setzen.

#### e) Die Konsequenzen

Mit dem objektiven Kriterium der Zugriffsmöglichkeit, gewonnen in Anlehnung an § 933 BGB, steht das Ergebnis fest: Der redliche Erwerb schlägt fehl, solange der Herausgabeanspruch des Eigentümers besteht, gelingt dagegen, wenn diese Forderung erlischt. Auch partielle Identität der Resultate sollte nicht den Blick dafür verstellen, wie sich Prämissen und Legitimation von der h.M. und den Verfechtern des Nebenbesitzes abheben.

(1) Die Übergabe der Sache an den Erwerber, mit der synchron der Herausgabeanspruch des bisher Berechtigten durch Unmöglichkeit untergeht, vollendet den Erwerb.<sup>181</sup> Die auch von den Vertretern der Lehre vom Nebenbesitz akzeptierte

<sup>176</sup> So indes wohl *Gursky*, Fälle und Lösungen Sachenrecht S. 58, der von der Warte der h.M. aus sich mit der objektiven Theorie des Besitzes auseinandersetzt und sie verwirft.

<sup>177</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 74.

<sup>178</sup> Will man Fallgestaltungen, die der 2. Alternative des § 934 BGB vergleichbar sind, etwa die befolgte Weisung des Veräußerers an den unmittelbaren Besitzer, mit dem Erwerber neuen mittelbaren Besitz zu vereinbaren, unter die §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB subsumieren, gelten entsprechende Grundsätze (so auch *Tiedtke*, WM 1979, 1147, der diese Einordnung befürwortet, für den Fall, daß der Anspruch des Eigentümers in einem Orderlagerschein verbrieft ist; vgl. dazu noch unten § 8 II 3). Redlicher Erwerb scheitert dann.

<sup>179</sup> Vgl. schon oben § 7 IV 2b (5) mit Fn. 227; sowie mit Verve *Brem*, Nebenbesitz S. 97 ff.; *Sandtner*, Besitzlehre S. 90f.

<sup>180</sup> MünchKomm/Joost, § 868, 20.

<sup>181</sup> Ein eventuelles späteres Wiederaufleben durch Rückgabe des Gutes bleibt ebenso irrelevant wie die Pflicht des früheren unmittelbaren Besitzers, sich um Wiederherstellung der alten



Lösung<sup>182</sup> setzt in ihrer Konstruktion gerade die Entwicklung gemeinsamer Grundsätze für § 933 BGB und § 934 BGB voraus: Ordnet doch nur § 933 BGB an, daß der Erwerb nicht endgültig mißglückt, wenn der Erwerber zunächst nur mittelbaren Besitz erhielt, während § 934 BGB, isoliert gesehen, eine Heilungsmöglichkeit nicht kennt; erst der Rückgriff auf § 933 BGB schließt die Lücke.<sup>183</sup>

Dem unmittelbaren Besitzer gegen den Anspruchsteller, der immerhin Gläubiger des Herausgabeanspruchs ist, ein Zurückbehaltungsrecht zuzubilligen, durch das er den redlichen Erwerb verhindern könne,<sup>184</sup> ist überflüssig, da er denselben Effekt dadurch bewirken kann, daß er dem Anspruchsteller die wahre Rechtslage mitteilt und so seinen guten Glauben zerstört.

In einer mehrstufigen Besitzleiter sind die Herausgabeansprüche grundsätzlich auf das jeweilige Besitzmittlungsverhältnis beschränkt, ohne daß im Einzelfall der Durchgriff auf den unmittelbaren Besitzer zwingend verstellt ist.<sup>185</sup> Die Zession der Forderung durch den erstrangigen mittelbaren Besitzer wirkt unmittelbar auf die Position des Oberbesitzers zweiter Stufe zurück; sein Anspruch erlischt infolge der Unmöglichkeit der Herausgabe, sperrt konsequenterweise redlichen Erwerb gemäß § 934 Fall 1 BGB nicht.<sup>186</sup> Der Besitzaufgabe kann somit durchaus Gewicht zukommen; sie eröffnet redlichen Erwerb, wo ein Besitzkonstitut wegen § 933 BGB nicht zum Erfolg führt<sup>187</sup> – aber nicht unter diesem Aspekt, sondern nur unter dem der Zugriffsmöglichkeit des Eigentümers, nicht als Fazit der Konkurrenz zwischen Veräußerer und Erwerber, sondern derjenigen zwischen Eigentümer und Erwerber.

(2) Nicht zu gering bewerten sollte man die Rolle des § 407 Abs. 1 BGB. Solange der unmittelbare Besitzer als Schuldner des Herausgabeanspruchs nicht über die Zession informiert wurde, wirken Rechtsgeschäfte zwischen den ursprünglichen Parteien auch zu Lasten des Abtretungsempfängers. Das kommt insbesondere zum Tragen, wenn der Zedent im Zuge einer erneuten Verfügung den unmittelbaren Besitzer veranlassen kann, mit dem zweiten Erwerber mittelbaren Besitz zu begründen. Die in der Anweisung und ihrer Befolgung liegende (konkludente) Aufhebung

Besitzlage zu kümmern. Das Gebot klarer Eigentumszuordnung verträgt solche Schwebebezu-  
stände nicht.

<sup>182</sup> Vgl. etwa *Medicus*, Festschrift für Hübner S. 624; *Baur*, § 52 II 4 c bb; *Müller*, AcP 137, 93; *Brem*, Nebenbesitz S. 106 f.

<sup>183</sup> Mot. III 345 = Mugdan III 192 betonen noch ausdrücklich, daß der dem dinglichen Vertrag anhaftende Mangel mit Übergabe als gehoben gelte, auch wenn der dingliche Vertrag nicht wiederholt, sondern die Herausgabe als Restitution angesehen werde.

<sup>184</sup> So für einen Spezialfall GroßKomm/*Canaris*, § 363, 109; vgl. dazu genauer unten § 8 II 2 c (3).

<sup>185</sup> *Staudinger/Bund*, § 871, 2.

<sup>186</sup> So im Ergebnis auch *Müller*, AcP 137, 90; *Probst*, ZHR 101, 228 f. BGH WM 1977, 1090, 1091 ist daher richtig entschieden. – Dagegen schlägt in dem oben § 8 II 2 a (1) geschilderten Fall der redliche Erwerb fehl. Der Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers richtet sich auch nach der Konzeption des BGH direkt gegen den unmittelbaren Besitzer.

<sup>187</sup> Nur insoweit gilt auch die Empfehlung von *Tiedtke*, WM 1978, 449, der Erwerber tue gut daran, sich nicht auf ein Besitzkonstitut einzulassen.

des ersten Herausgabeanspruchs hat der Zessionar nach § 407 Abs. 1 BGB gegen sich gelten zu lassen; mit der Forderung geht auch sein Eigentum unter.<sup>188</sup> § 934 BGB wird daher allzusehr beschnitten, wo man undifferenziert auf der Einräumung unmittelbaren Besitzes beharrt;<sup>189</sup> auch mittelbarer Besitz, selbst ein Herausgabeanspruch des Erwerbers kann genügen, sobald umgekehrt der Herausgabeanspruch des Eigentümers entfallen ist.

(3) Es ist dann nur noch ein kleiner Schritt zu Vorschriften, die die Umlauffähigkeit der Forderung erhöhen sollen. Dem redlich erworbenen Order- oder Inhaberpapier folgt die verbriefte Forderung,<sup>190</sup> während der Anspruch des bisherigen Inhabers erlischt,<sup>191</sup> damit einen redlichen Erwerb des Gutes selbst nicht mehr verhindern kann.

Das liegt folgerichtig anders, wenn zulässigerweise mehrere Exemplare des Papiers existieren, eine Möglichkeit, die § 642 HGB beim Orderkonnossement geschaffen hat. Angesichts der Tatsache, daß die Indossierung eines Exemplars – die dingliche Einigung unterstellt – zur Rechtsübertragung ausreicht, erwirbt der erste Indossatar vom Berechtigten,<sup>192</sup> was sich auf seine Nachmänner auswirkt: Sie leiten das Eigentum somit ebenfalls vom Befugten ab.<sup>193</sup> Ohne eine dogmatische Sonderstellung zu reklamieren, greift § 652 HGB damit nur das geradezu selbstverständliche Prinzip auf, daß sich die Rechtsmacht – abgesehen vom redlichen Erwerb – mit der ersten wirksamen Verfügung verbraucht.<sup>194</sup> Nähme man indes die absolute Theorie oder die Repräsentationstheorie wirklich ernst, fingierte in der Übertragung eines weiteren Konnossementsexemplars mithin die Übergabe nach § 929 BGB oder hielte sie für überflüssig,<sup>195</sup> dann hätte man den jeweils letzten Indossatar zu schüt-

<sup>188</sup> So lag die Fallgestaltung in BGH WM 1969, 242, 244; da der unmittelbare Besitzer von der ersten Zession nicht unterrichtet worden war, wurde dort zu Recht redlicher Erwerb bejaht.

<sup>189</sup> Vgl. die Nachw. oben § 7 Fn. 224.

<sup>190</sup> Vgl. statt vieler *Stengel*, Orderkonnossement S. 97; zum Wechsel etwa *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b aa; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1 d; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 11.

<sup>191</sup> Vgl. statt vieler *Stengel*, Orderkonnossement S. 97; für den Wechsel etwa *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 8.

<sup>192</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 363, 108; *Prüßmann/Rabe*, § 652 B 1; *Schlegelberger/Liesecke*, § 652, 2; *Hellwig*, Verträge S. 506 ff.

<sup>193</sup> Nach h. M. geht der erste Nehmer einschließlich seiner Nachmänner den anderen Indossatoren vor; vgl. etwa *Schaps/Abraham*, § 652, 2; *Schlegelberger/Liesecke*, § 652, 2; *Hellwig*, Verträge S. 508; *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 81.

<sup>194</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 363, 108; *Heymann*, Festgabe für Dahn III S. 222; *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 82. – *Kühlberg*, Verkehrsschutz S. 77 weiß dem nur entgegenzusetzen, eine derart körperlich-begriffliche Betrachtungsweise binde das Gesetz nicht, das vielmehr diejenige Rechtsform wählen könne, die ihm zur Realisierung seines Zweckgedankens als angemessen erscheine. Welcher Zweckgedanke ermöglicht es freilich, solch fundamentale Grundsätze hintanzusetzen, zumal eine Erklärung anhand systemgerechter Überlegungen möglich und sinnvoll ist?

<sup>195</sup> Zu dieser These der beiden Theorien vgl. oben § 7 IV 1 c (1) mit Fn. 165 ff. sowie § 7 IV 1 c (2) mit Fn. 186 f. Symptomatisch dafür ist etwa die Kontroverse über das Schicksal mehrerer Lagerscheine. Es ist zwar konsequent, aber kaum ratsam, wenn *Schlegelberger/Schröder*,

zen, soweit er nur redlich ist.<sup>196</sup> Die jeweils letzte Verfügung wäre Basis redlichen Erwerbs. § 652 HGB spricht gegen die beiden Theorien,<sup>197</sup> die zudem durch den stets alternierenden Sprungerwerb zu höchst unerquicklichen Konsequenzen führen müßten. Dem versuchen Vertreter beider Thesen Rechnung zu tragen, indem sie dem Indossatar eines zweiten oder weiteren Exemplars und seinen Nachmännern (lediglich) einen Herausgabeanspruch, nicht jedoch das Eigentum zubilligen.<sup>198</sup> Auch der Herausgabeanspruch müßte freilich für redlichen Erwerb ausreichen – jedenfalls wenn der unmittelbare Besitzer entsprechend gesinnt wäre. Die Übertragung mittelbaren Besitzes durch die Zession des Herausgabeanspruchs, wenigstens seine Neubegründung,<sup>199</sup> ließe den zunächst vereinbarten Besitz entfallen und privilegierte so den zweiten Nehmer. § 651 HGB verdeutlicht zur Genüge, daß das

---

§ 424, 6b bei einer – § 33 OLSchVO widersprechenden – Verdoppelung von Lagerscheinen jeweils dem Letztnehmer Eigentum zubilligt. Um dieser Schlußfolgerung zu entgehen, sperrt GroßKomm/*Koller*<sup>4</sup>, § 424, 17 redlichen Erwerb durch den Nebenbesitz des Berechtigten, wobei er – um das Resultat abzusichern – den zweiten Schein gar nicht für unwirksam zu halten bräuchte.

<sup>196</sup> Vgl. dazu unten Fn. 205. Auf fehlende Redlichkeit beruft sich die h. M. indes nicht.

<sup>197</sup> Auch *Stengel*, *Orderkonossement* S. 210f. und *Kühlberg*, *Verkehrsschutz* S. 74 ff. referieren nur § 652 HGB, können ihn aber nicht in die Theorien einpassen. Redlichen Erwerb abzulehnen, wenn der Verfügende ein weiteres Exemplar und damit Mitbesitz zurückbehalte, da er den Besitz gar nicht vollständig aufgegeben habe (so *Stengel*, *Orderkonossement* S. 205f., 209f.), löst nur diesen einen Spezialfall, kann aber nicht erklären, warum der Erwerber, der das letzte Exemplar erhält, bzw. die Nachmänner des zweiten Nehmers nicht geschützt werden, obgleich ihre Partner den Besitz unzweifelhaft zur Gänze beenden (was *Stengel*, *Orderkonossement* S. 206 Fn. 55 denn auch einräumt, ohne daraus Konsequenzen zu ziehen).

<sup>198</sup> Ausführlich *Stengel*, *Orderkonossement* S. 195 ff. mit umfangr. Nachw.; ferner *Heymann*, Festgabe für Dahn III S. 164; *Pappenheim*, *Seerecht* S. 235 f.; *Siebert*, ZHR 93, 34f.; a. A. GroßKomm/*Canaris*, § 363, 109; *Schlegelberger/Liesecke*, § 648, 9; wohl auch *Schaps/Abraham*, § 642, 13. Die Anhänger dieser Lehre können redlichen Erwerb konsequenterweise erst mit der Übergabe bejahen, ohne jedoch das Präventionsprinzip bemühen zu müssen.

<sup>199</sup> Wie das die h. M. bei Doppelverfügungen und der Zession des Herausgabeanspruchs mit anschließender Unterwerfung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Erwerber postuliert; vgl. oben § 8 II 2a (2), b. – *Stengel*, *Orderkonossement* S. 200 ff. nimmt demgegenüber Mitbesitz an, da der unmittelbare Besitzer es in seinen Willen aufgenommen habe, sich mehreren Herausgabeansprüchen gegenüber zu sehen (S. 202; im Ergebnis auch *Heymann*, Festgabe für Dahn III S. 150). Da er bei gleichzeitiger Geltendmachung alle zurückweisen müsse, liege kein Nebenbesitz vor, bei dem ein widersprüchlicher Wille geäußert werde. Vielmehr seien die Konnossementeninhaber auf der gleichen Stufe derselben Besitzleiter, nicht auf verschiedenen Leitern. Die geltend gemachten dinglichen Rechte seien nicht entscheidend (S. 202f. mit Fn. 43). Das widerspricht dem sonst verteidigten Postulat der h. M., die gerade eine Verdoppelung des mittelbaren Besitzes verwirft. Wenn man ferner hier den Mitbesitz zweier Papierinhaber zuläßt, obgleich beide das Alleineigentum beanspruchen, wäre eine Erstreckung auf sonstige Problemkreise nur konsequent. Mit anderen Worten: Wenn das Gesetz – auch an entlegener Stelle – die zweifache Besitzmittlung akzeptiert, obgleich die zugrunde liegenden Rechte der Oberbesitzer sich gegenseitig ausschließen – genauer gesagt: aus der Verdoppelung der Herausgabeansprüche die Sperre redlichen Erwerbs des zweiten Gläubigers ableitet –, so steht das generelle Verdikt des Nebenbesitzes bzw. der Rolle des konkurrierenden Herausgabeanspruchs als Sperre redlichen Erwerbs auf wackligen Beinen.

Gesetz dieser Vorstellung keinen Beifall zollt; den Vorrang genießt letztendlich derjenige, dem das Gut übergeben wird.

Die Vorschrift hat einer in traditionellen Geleisen befangenen Interpretation erhebliches Kopfzerbrechen bereitet. Das weitgehend favorisierte Präventionsprinzip paraphrasiert zwar das Resultat, trägt aber wenig zur dogmatischen Aufhellung bei, da es entweder fingieren muß, derjenige, der zuerst die Auslieferung erreiche, habe auch als erster das Konnossement erhalten, oder die vorrangig erworbenen Rechte als durch die Überlassung bedingt anzusehen bzw. das Prinzip der Prävention als dauernde Einrede zu begreifen hat<sup>200</sup> – Ansätze, die sich in ihrer hochgradigen Künstlichkeit und der mangelnden Verankerung in gängigen Strukturen als rein ergebnisorientierte Explikationsmodelle entpuppen. Wenn schließlich der ursprünglich Berechtigte etwa das Eigentum, das er durch die erste Verfügung schon verloren hatte, nochmals veräußert, die Sache dann jedoch dem zweiten Indossatar übergeben, damit dessen Erwerb perfekt wird, muß man vom Boden der h. M. aus dessen durch die Prävention später erstarkte Position mit Hilfe eines (zunächst) „typisch seerechtlich beschränkten Eigentums“<sup>201</sup> oder eines „relativ-unwirksamen Eigentums“<sup>202</sup> deuten – eine nicht gerade überzeugende Einordnung.

Weist man dem verbrieften Herausgabeanspruch des Berechtigten, der hier – anders als im Regelfall – durch die Indossierung weiterer Exemplare und die dadurch mögliche Vermehrung der Forderung in Wertpapieren dem Inhaber nicht entzogen wird, den korrekten Stellenwert zu, lassen sich die kritischen Punkte auf Bekanntes reduzieren. Solange der Ersterwerber und seine Rechtsnachfolger auf die Sache zugreifen können,<sup>203</sup> scheitern die späteren Verfügungen, was in dem Augenblick eine andere Entwicklung nimmt, da der zweite Indossatar den unmittelbaren Besitz erhält. Herausgabeanspruch wie Eigentum des Berechtigten gehen dann verloren.<sup>204</sup>

Die Einbindung des § 651 HGB ins System des BGB bringt allerdings eine Randkorrektur mit sich. Entgegen dem Wortlaut, jedoch in Übereinstimmung mit den

<sup>200</sup> Vgl. etwa die Darstellung bei *Stengel*, Orderkonnossement S. 196 Fn. 15 mwN.; *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 83 ff.; ablehnend gegenüber dem Präventionsprinzip *GroßKomm/Canaris*, § 363, 108.

<sup>201</sup> So *Schlenzka*, Konnossementsrecht S. 106 f.

<sup>202</sup> So *Kühlberg*, Verkehrsschutz S. 76.

<sup>203</sup> Was regelmäßig nicht der Fall ist, wenn er nicht (oder nicht mehr) legitimiert ist; mit dem dann möglichen redlichen Erwerb des Herausgabeanspruchs hat ihn der spätere Nehmer aus seiner Gläubigerstellung verdrängt. Das erklärt, warum grundsätzlich nur papiermäßig Legitimierte geschützt sind; vgl. nur *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 82 f. mwN.

<sup>204</sup> Bei all dem spielt es entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung keine Rolle, ob ein gemeinsamer Vormann die Exemplare übertragen hat (vgl. zum Streitstand *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 95 ff. mwN.; *Stengel*, Orderkonnossement S. 212 f. mit je unterschiedlichen Ergebnissen). Auch das folgt aus dem allgemeinen Grundsatz: Die Person des Rechtsvorgängers bleibt angesichts der Tatsache, daß der Herausgabeanspruch des Berechtigten redlichen Erwerb weiterer Zessionare blockiert, solange die Sache nicht herausgegeben wird, ohne Einfluß.

§§ 933, 934 BGB darf der Erwerber, dessen Partner nicht Eigentümer war, bis zur Übergabe seine Redlichkeit nicht eingebüßt haben<sup>205</sup> – ein letztendlich wesentlich weniger weit gehender Eingriff in das Gesetz, als ihn die h.M. mit dem aus dem Rahmen fallenden Präventionsprinzip unternimmt, ein Eingriff zudem, der einen Systembruch bereinigt: Wie anders wäre es zu kennzeichnen, wenn ein Grundgedanke des redlichen Erwerbs, das Postulat des guten Glaubens, dem geheimnisvollen Präventionsprinzip geopfert würde? Wer bis zum Zeitpunkt der Übergabe bzw. eines gleichwertigen Surrogats von der fehlenden Berechtigung seines Partners Kenntnis erhält, bedarf des Schutzes nicht.

Durch die Information des Prävenienten von der wahren Rechtslage hat es der unmittelbare Besitzer in der Hand, den redlichen Erwerb zu verhindern; ihm ein Zurückbehaltungsrecht zuzubilligen<sup>206</sup> ist demgemäß nicht vonnöten.<sup>207</sup>

(4) Auch die Anhänger des Nebenbesitzes sehen das Doppelspiel, wie immer es auch zu definieren sei, als abgeschlossen, den redlichen Erwerb als geglückt an, wenn der unmittelbare Besitzer dem vormaligen Eigentümer gegenüber das Besitzmittlungsverhältnis widerrufen hat.<sup>208</sup>

Den Herausgabeanspruch des bisherigen Eigentümers kann er durch eine bloße Erklärung indes nicht zu Fall bringen. Die unberechtigte Aufkündigung einer Forderung erlaubt zwar dem Gläubiger den sofortigen Übergang auf Schadensersatz.

<sup>205</sup> GroßKomm/Canaris, § 363, 108; a. A. allerdings die h. L.; vgl. etwa Schaps/Abraham, § 651, 2; Prüßmann/Rabe, § 651 B 2; auch Wüstendorfer, Seehandelsrecht S. 328. – Das mag im Ergebnis weitreichende Folgen haben. An der Redlichkeit eines Indossatars, der von der – aus seinem Konnossement ersichtlichen – Ausstellung mehrerer Exemplare Kenntnis hat, kann man durchaus zweifeln (so etwa für das vertragliche Pfandrecht Prüßmann/Rabe, § 650 D 3 a; Stengel, Orderkonnossement S. 206 Fn. 55). Er muß ja mit sich widersprechenden Verfügungen rechnen, wenn er nicht das full set erhält. Dies zu kritisieren heißt freilich, den Verkehrsschutz auch demjenigen zuzubilligen, der die Kollision hätte vermeiden können.

<sup>206</sup> So aber GroßKomm/Canaris, § 363, 109; ausführlich zum Problem des § 648 Abs. 2 HGB etwa Steffen, Rechtsscheinträger S. 88 f.

<sup>207</sup> Der Einwand, bei diesem Modell könnte der bisher Berechtigte nach § 816 Abs. 2 BGB den Prävenienten in Anspruch nehmen (Steffen, Rechtsscheinträger S. 90; Stengel, Orderkonnossement S. 199 Fn. 27 gegen Wüstendorfer, Seehandelsrecht S. 328), geht fehl. Zum einen ist der Empfänger Inhaber des Anspruchs, so daß der Schuldner an den Berechtigten leistet, § 816 Abs. 2 BGB (etwa iVm. § 365 Abs. 1 HGB, Art. 40 Abs. 3 WG) vom Tatbestand her also schon nicht erfüllt ist. Die bloße Unmöglichkeit der Erfüllung gegenüber dem bisher Berechtigten und den darauf gestützten Untergang der Forderung meint § 816 Abs. 2 BGB nicht: Sonst wäre die Norm bei jedem Erwerb nach § 934 BGB, wenn der Eigentümer vor der Übergabe noch Inhaber eines Herausgabeanspruchs war, zudem bei Erfüllung einer von zwei sich widersprechenden Pflichten thematisiert. Geleistet ist schließlich nur der Besitz, nicht das Eigentum – bei dem die Frage, ob der Erwerber „berechtiget“ sei, von vornherein keinen Sinn gibt; das redlich erworbene Recht kann dem Bereicherungsanspruch als Replik entgegengehalten werden.

<sup>208</sup> AK/Dubischar, §§ 868–871, 8; AK/Reich, § 934, 7; Baur, § 52 II 4 c bb; Wolff/Raiser, § 15 II 2; Medicus, Festschrift für Hübner S. 620; Lange, JuS 1969, 164; Dölle, JW 1932, 1213 f.; Probst, ZHR 101, 214; Weise, Dogmatik S. 20 f.; auch noch Hager, WM 1980, 670 f. (vgl. dazu Fn. 211).

satzansprüche, zwingt ihn aber keineswegs dazu.<sup>209</sup> Bei einer Verfügung nach § 933 BGB bleibt die Stellung des Eigentümers zunächst unangetastet, angesichts der Notwendigkeit einer einheitlichen Interpretation strahlt das auch auf § 934 BGB aus. Der Vorbehaltskäufer kann seinem Abnehmer das Eigentum auch dann nicht verschaffen, wenn er den Verkäufer von seiner Absicht informiert; demgemäß besteht kein Grund, der Abtretung des Herausgabeanspruchs durch den Abnehmer eine weitergehende Wirkung beizumessen. Der durch die schuldrechtliche Forderung gewährleistete Zugriff auf die Sache bewahrt den Berechtigten vor dem Verlust. Der aus § 933 BGB zu destillierende Grundsatz, das Recht sei, solange sich der unmittelbare Besitz und damit die Forderung des Inhabers nicht ändert, nicht der Willkür des unmittelbaren Besitzers überantwortet, hat durchaus seinen guten Sinn: Es ist nicht seine Aufgabe, über die Zuordnung des Eigentums zu entscheiden.<sup>210, 211</sup>

Von geringerem Gewicht ist die Aufkündigung des Besitzmittlungsverhältnisses gegenüber dem Erwerber. Denn der unmittelbare Besitzer kann dessen Schutz torpedieren, indem er ihn über die wahre Rechtslage informiert und so den guten Glauben zerstört. Oft genug wird auch der Käufer eine Aussage des Besitzmittlungsverhältnisses zum Anlaß für weitere Nachforschungen zu nehmen haben.

### 3. Insbesondere: Die Sperrwirkung des verbrieften Herausgabeanspruchs

Die Restriktion des redlichen Erwerbs mit Rücksicht auf die Position des Eigentümers bewährt sich im Recht der Wertpapiere, die den Anspruch auf Herausgabe einer Ware verkörpern. Wenngleich unter abweichenden dogmatischen Vorzeichen, die – wie zu zeigen sein wird – allerdings kaum zu überzeugen vermögen, gelangt die h.M. zu Resultaten, die mit dem Herausgabeanspruch als Schranke des Verkehrsschutzes zusammenpassen, einzig mit seiner Hilfe befriedigend zu erklären sind.

Die Praxis hatte sich mit dem Problemkreis im Rahmen der bereits geschilderten Doppelverfügungen des ehemaligen Eigentümers auseinanderzusetzen. Zunächst zediert er die Forderung an den Ersterwerber, der reibungslos das Eigentum erhält. Ein finanzieller Engpaß motiviert ihn, das Spiel mit einem Vierten zu wiederholen. Da ihr keine Forderung zugrunde liegt, bleibt die Abtretung ohne Folge, bis der

<sup>209</sup> MünchKomm/Emmerich, vor § 275, 120; Staudinger/Löwisch, § 326, 135; Leser, Festschrift für Rheinstein II S. 656 mwN.; im Ergebnis auch BGH NJW 1984, 48, 49 mwN. jeweils für die Erfüllungsverweigerung im gegenseitigen Vertrag. Für einseitige Pflichten, etwa zur Herausgabe, gelten analoge Regeln.

<sup>210</sup> Irrelevant ist es wieder, ob man in Anlehnung an die objektive Theorie schon die Zerstörung des mittelbaren Besitzes durch einseitige Aufkündigung für unmöglich hält. Vgl. dazu die Nachw. in Fn. 179.

<sup>211</sup> Die Beendigung des mittelbaren Besitzes (nur) durch Erklärung gegenüber dem Oberbesitzer behält ihren Stellenwert in den anderen Fällen – etwa dem der Übereignung und der Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts (vgl. Hager, WM 1980, 671).

Lagerhalter dazu gebracht wird, den Oberbesitz des Vierten als des angeblichen Zessionars anzuerkennen.<sup>212</sup>

Von der normalen Konstellation divergiert der Fall durch die Verbriefung des Herausgabeanspruchs; der Erstzessionar hält demgemäß das Papier nach wie vor in Händen.<sup>213</sup> An diese Besonderheit knüpft die h.M. weitreichende Folgen. Der im Orderpapier verbrieft Herausgabeanspruch blockiere zwar die Übereignung nach den gängigen Modalitäten der §§ 929 f. BGB, mithin auch der §§ 932 f. BGB nicht.<sup>214</sup> Besonderheiten seien aber für Verfügungen nach den §§ 931, 934 BGB zu beachten; sie mißlängen ohne gleichzeitige Papierübergabe, da § 934 BGB auch nicht den guten Glauben daran schütze, die abgetretene Forderung sei nicht in einem Papier beurkundet.<sup>215</sup> Mit anderen Worten: Die Papiere sperren die Zession des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB, die ohne Übergabe nicht zum Ziel führt, ein Manko, das auch durch fehlende Kenntnis von der Existenz des Papiers nicht ausgeglichen wird. Die Rechtsprechung hat diese Prinzipien auf die Namenspapiere ausgeweitet,<sup>216</sup> während die Literatur dieser Tendenz mit gehöriger Skepsis

<sup>212</sup> Vgl. schon oben § 8 II 2 a (2).

<sup>213</sup> So die Fallgestaltung in BGHZ 49, 160 ff.; BGH NJW 1979, 2037 f.

<sup>214</sup> Vgl. etwa BGHZ 49, 160, 162; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 59; *GroßKomm/Canaris*, § 363, 111; *Hueck/Canaris*, § 23 II 4; *K. Schmidt*, Handelsrecht § 23 III 4; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 717; *Westermann*, Anhang nach § 41; *Serick*, II § 22 I 1 c = S. 204; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 285.

<sup>215</sup> So etwa für den Lagerschein BGHZ 49, 160, 162 f.; *Palandt/Bassenge*, § 931, 4 a; *GroßKomm/Koller*, § 424, 18; *Serick*, II § 22 I 1 c = S. 205; IV § 53 IV 5 a = S. 635; *Tiedtke*, WM 1979, 1146 f.; *Pikart*, WM 1971, 1534; für das Konnossement RGZ 119, 215, 217; BGHZ 68, 18, 23; BGH LM Nr. 1 zu § 931 BGB; *Schlegelberger/Liesecke*, § 647, 4; § 650, 11; *Prüßmann/Rabe*, § 647 C 4 a; *Maurer*, AWD 1960, 256; ferner für alle Traditionspapiere *MünchKomm/Quack*, § 931, 21; *Wolff/Raiser*, § 67 III; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 59; *GroßKomm/Canaris*, § 363, 111; § 364, 15; *GroßKomm/Helm*, § 450, 5; *Hueck/Canaris*, § 23 II 4; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 25 IV 5 im Gegensatz zu seiner grundsätzlichen Position (vgl. § 14 I 2); *K. Schmidt*, Handelsrecht § 23 III 4; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 717; *Westermann*, Anhang nach § 41; *Gursky*, JZ 1984, 608; *Heynen*, Lieferschein S. 133 mwN. in Fn. 517; *Pikart*, WM 1980, 518; *Nielsen*, WM 1986 Beilage 9 S. 12, 14, 16; a. A. *Kühlberg*, Verkehrsschutz S. 88 ff., soweit der Erwerber die Existenz des Papiers nicht kenne und auch nicht kennen müsse. Beim Erwerb vom Berechtigten hat aber Redlichkeit als Voraussetzung nichts zu suchen. – Der Fall BGHZ 68, 18, 23 paßt nicht in die gängige h.M., da dort das Schicksal der Zession eines Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers zweiter Stufe zu beurteilen war, während nur derjenige des Oberbesitzers erster Stufe – der von diesem abgetreten wurde – in einem Konnossement verbrieft war; ablehnend aus diesem Grund *Franken*, Transport S. 185 ff.; wie der BGH jedoch *Weber*, Warenpapiere S. 189; *Nielsen*, WM 1986 Beilage 9 S. 12. Das Ergebnis des BGH ist gleichwohl richtig, da mit Zession des Herausgabeanspruchs des Oberbesitzers erster Stufe derjenige des Oberbesitzers zweiter Stufe zerstört wurde und daher weder (redlichen) Erwerb vermitteln noch redlichen Erwerb des Partners des mittelbaren Besitzers erster Stufe vereiteln konnte (vgl. oben § 8 II 2 e (1)).

<sup>216</sup> So etwa für den Rektalagerschein BGH NJW 1979, 2037, 2038; *Schlegelberger/Schröder*, § 424, 10; für das Rektakonnossement *Schlegelberger/Liesecke*, § 647, 2; *Prüßmann/Rabe*, § 647 B; für alle Rektapapiere *Baumbach/Hefermehl*, WPR Rdn. 59; *Schaps/Abraham*, § 647, 4, 11; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 101; für alle Rektapapiere, soweit sie Traditionspapiere

gegenübersteht.<sup>217</sup> So sehr es auch überzeugt, wenn dem redlichen Erwerb in diesen Fällen ein Riegel vorgeschoben wird, so wenig läßt sich der Begründung der h. M. Beifall zollen.

a) Die Eigenständigkeit des § 934 Fall 2 BGB

Es beginnt mit der Prämisse der h. M.; bereits sie geht an der korrekten Fragestellung vorbei. Der verbriefte Herausgabeanspruch ist, ohne daß daran die erneute, mangels Gläubigerstellung ins Leere zielende Abtretung etwas ändert, beim ersten Zessionar und Eigentümer verblieben. Der Übergang scheitert nicht nur und nicht primär an der fehlenden Papierübergabe, sondern an der mangelnden Berechtigung des Zedenten, die der Erwerber, mag er noch so redlich sein, nicht wettmachen kann. Die These, Abtretung und Übergabe des Papiers seien notwendigerweise zu koppeln, solle die Verfügung nicht fehlschlagen, betrifft also in erster Linie die Veräußerungen durch Berechtigte, an denen der Papierschuldner nicht beteiligt ist.<sup>218</sup>

§ 934 Fall 2 BGB eröffnet die Chance, die mangels Berechtigung des Veräußerers fehlgeschlagene Abtretung zu kompensieren. Begründen der unmittelbare Besitzer und der (scheinbare) Zessionar, der jedoch mangels Zuständigkeit seines Partners nicht Gläubiger geworden ist, einen Herausgabeanspruch, dem notwendig ein Besitzmittlungsverhältnis korrespondiert, so wird der redliche Erwerb dem Wortlaut des Gesetzes nach vollendet. Dieser Herausgabeanspruch darf keineswegs mit der beim Erstzessionar verbliebenen Forderung gleichgesetzt werden; er steht selbständig neben ihr, wiewohl er auf Auslieferung derselben Sache gerichtet ist. Die Stellung des Zweitzessionars basiert nicht auf dem verbrieften Anspruch, sondern auf der mit dem unmittelbaren Besitzer vereinbarten neuen Forderung. Damit ist die Sperrwirkung fehlender Papierübergabe, sollte sie überhaupt existieren, aus zwei Gründen nicht relevant geworden: Zum einen hat sich die Zession schon anderer Ursachen wegen zerschlagen, zum anderen – und darauf liegt hier die Betonung – verhindert eine wie auch immer zu explizierende Vinkulierung der (bisher schon bestehenden) Forderung nicht die Verständigung über einen neuen, davon zu trennenden Anspruch.<sup>219</sup> Daher kann es keine Rolle spielen, ob ein mit der Papieraus-

---

sind, *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 59; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 25 IV 5; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 717.

<sup>217</sup> So für den Rektalagerschein OLG Stuttgart BB 1950, 412; *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 28 (für § 934 Fall 2 BGB); *Schlegelberger/Schröder*, § 424, 9; *Serick*, II § 22 I 2 = S. 208; *MünchKomm/Quack*, § 934, 15; *Tiedtke*, WM 1979, 1148f.; *ders.*, Gutgläubiger Erwerb S. 289; für alle Rektapapiere *GroßKomm/Canaris*, § 364, 16; *Hueck/Canaris*, § 23 II 4; für alle Rektapapiere, soweit sie keine Traditionspapiere sind, *K. Schmidt*, Handelsrecht § 23 III 4; *Gursky*, JZ 1984, 608.

<sup>218</sup> Es kommt wohl nicht von ungefähr, daß *Tiedtke*, WM 1979, 1145, 1146 die Sperrwirkung des Orderpapiers an einem Fall bespricht, in dem der Eigentümer ohne Papierübergabe zediert und anschließend das Papier an einen Vierten indossiert. Hier spielt der Streit eine Rolle, nicht dagegen bei § 934 Fall 2 BGB.

<sup>219</sup> So auch *Tiedtke*, WM 1979, 1150f.; *ders.*, Gutgläubiger Erwerb S. 288f., freilich unter unzutreffender Beschränkung auf Rektapapiere. Für Orderpapiere gilt nichts anderes; dies soll sogleich im Text gezeigt werden.



stellung konkludent vereinbartes Abtretungsverbot später wieder aufgehoben wurde;<sup>220</sup> betroffen wäre davon immer nur die verbrieftete Forderung, nicht der damit konkurrierende, erst neu begründete Anspruch.

Um die behauptete Funktion der Papiere zu verteidigen, müßte man das Schicksal der vorangegangenen, angesichts fehlender Forderungszuständigkeit erfolglosen (zweiten) Zession als Tatbestandsvoraussetzung in den § 934 Fall 2 BGB einbinden.<sup>221</sup> Die Norm wäre auf den schmalen Bereich begrenzt, in dem eine wirksame Zession des Herausgabeanspruchs das Eigentum nicht zu übertragen vermochte. Die h.M. lehnt eine solche Einschränkung bekanntlich ab;<sup>222</sup> für sie spricht nicht zuletzt, daß ansonsten redlicher Erwerb bei Besitzumstellung auf Bitten des Veräußerers, der regelmäßig keine Zession vorangeht, unmöglich wäre. Vor allem würde sich die Beschränkung nicht in einer für Wertpapiere spezifischen Art auswirken. Nicht die Verbriefung, sondern die vorangegangene Zession hätte die zweite Abtretung zum Scheitern verurteilt. Die Zession einer wirklich bestehenden Forderung zur Tatbestandsvoraussetzung des § 934 Fall 2 BGB hochzustilisieren hieße auch, der h.M., die bei diesen Doppelverfügungen redlichen Erwerb zuläßt, den Boden unabhängig davon zu entziehen, ob ein Papier existiert oder nicht.

Zwei Dinge spielen für das Ergebnis keine Rolle. Zum einen basiert der Befund nicht auf der Subsumtion der Verfügung unter die §§ 931, 934 BGB. Eingordnet in die §§ 929, 932 BGB sind dieselben Gesichtspunkte einschlägig, da auch dort der neue, auf Bitten des Verfügenden vereinbarte Herausgabeanspruch des Erwerbers mit dem verbrieften konkurriert, der nach wie vor dem Eigentümer zusteht. Das rührt nicht zuletzt daher, daß die beiden Übergabemodalitäten beim Erwerb vom Nichtberechtigten nicht auseinanderzuhalten sind. Der Herausgabeanspruch kann durch Zession nicht erworben werden; erst der Vertrag mit dem Schuldner begründet ihn.<sup>223</sup> Zum anderen hat der Charakter des Papiers keine Bedeutung. Selbst ein Orderpapier, sogar ein Inhaberpapier in der Hand des Eigentümers, beschränkt nicht die Befugnis des unmittelbaren Besitzers und seines Partners, einen neuen

<sup>220</sup> So indes die Prüfung von *Tiedtke*, WM 1979, 1151; *ders.*, Gutgläubiger Erwerb S. 289. – Die Frage spielt, wenn überhaupt, eine Rolle nur bei der analogen Anwendung der überwiegend vertretenen Grundsätze; vgl. dazu unten § 8 II 3 d (5).

<sup>221</sup> Mit ihr scheint *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 285 beim Orderpapier argumentieren zu wollen. Können der Erwerber den Herausgabeanspruch nur wirksam abtreten, wenn er dem Empfänger den Schein übergebe, dann sei die ohne Herausgabe des Papiers erfolgte Abtretung des vermeintlichen Herausgabeanspruchs durch einen Nichtberechtigten nicht imstande, eine weitergehende Wirkung zu erzielen. – In Wahrheit geht es dabei um eine hypothetische Überlegung, die nur in ihrer Wertung auf die hier behandelte Problematik ausstrahlen kann; vgl. dazu im Text unter § 8 II 3 c.

<sup>222</sup> Vgl. § 7 Fn. 135; sowie speziell zum Rektapapier *Tiedtke*, WM 1979, 1151.

<sup>223</sup> Das scheint *Tiedtke*, WM 1979, 1146, 1147 zu übersehen, indem er § 934 Fall 2 BGB an der mangels Papierübergabe gescheiterten Zession fehlschlagen läßt – obgleich es um eine von dieser Zession unabhängige Neubegründung geht (was *Tiedtke*, WM 1979, 1151f. später für den Namenslagerschein selbst darlegt). Schon hier wäre der erst nachfolgend (*Tiedtke*, WM 1979, 1147) im Rahmen der §§ 929, 932 BGB genannte Gesichtspunkt einschlägig, das Orderpapier sperre den Erwerb unabhängig von der Konstruktion; vgl. dazu unten § 8 II 3 c.

Vertrag zu schließen, der den Besitzer zur unbedingten oder bedingten Herausgabe verpflichtet. Die Forderung des Eigentümers wird in keiner Weise tangiert. Der der h.M. von *Tiedtke* für das Rektapapier nachgewiesene Gedankenfehler<sup>224</sup> hatte sich bereits bei den zeitlich früheren Entscheidungen über die Funktion des Orderpapiers eingeschlichen.<sup>225</sup>

b) Der Herausgabeanspruch des bislang Berechtigten als Sperre des redlichen Erwerbs

Die Sperrwirkung der Papiere setzt demnach einen gedanklichen Zwischenschritt voraus. Sie vermag die Vereinbarung eines zweiten Herausgabeanspruchs nicht zu unterbinden; allenfalls könnte der damit verknüpfte Besitz nicht dazu taugen, dem vermeintlichen Zessionar und späteren Gläubiger des zweiten Anspruchs das Eigentum zu verschaffen. Dadurch verlagert sich der Akzent. Nicht das Scheitern der Zession, nicht ein Mangel in der Position des Erwerbers vereitelt den Übergang, sondern die – hier wertpapierrechtlich verstärkte – Forderung des bisher Berechtigten. Jedenfalls auf dem Sondergebiet der Warenpapiere rekurriert die h.M. implizit auf einen Gedanken, den sie ansonsten heftig attackiert: die Blockade redlichen Erwerbs aufgrund des Herausgabeanspruchs des bisherigen Eigentümers.

In einem weiteren Punkt setzt sich die h.M. von bekannten Kategorien ab. Nur die Forderung des Berechtigten, nicht dagegen einen von der Willkür des unmittelbaren Besitzers abhängigen Oberbesitz hat sie im Blick, wenn sie den Erwerb an der fehlenden Papierübergabe scheitern läßt – zu der es natürlich nicht kommen kann, da sich der Schein weder beim Zedenten noch beim unmittelbaren Besitzer, sondern beim Erstzessionar und Eigentümer befindet. Befangen in traditionellen besitzrechtlichen Prämissen, mußten sowohl die Verfechter der Lehre vom Nebenbesitz als auch ihre Kritiker das Besitzband zumindest dann als durchschnitten werten, wenn sich der Lagerhalter etwa ausdrücklich den Weisungen des Zweitcessionars unterordnet.<sup>226</sup> Indem man allgemein dieser Frage beim Orderlagerschein keine Bedeutung beimißt,<sup>227</sup> hat sich der Herausgabeanspruch und nicht der Nebenbesitz als Sperre entpuppt; Launen des unmittelbaren Besitzers sind ohne Belang.

c) Die Erstreckung auf den Erwerb vom Berechtigten

Üblicherweise stützt sich die h.M. auf den Vergleich mit der Verfügung eines Berechtigten. Die Sonderrolle der Papiere, insbesondere des Orderscheins, lasse die

<sup>224</sup> *Tiedtke*, WM 1979, 1151 f.; *ders.*, Gutgläubiger Erwerb S. 288 f.; zustimmend MünchKomm/Quack, § 934, 15; GroßKomm/Koller<sup>4</sup>, § 424, 28; *Gursky*, JZ 1984, 608.

<sup>225</sup> Die von *Tiedtke*, WM 1979, 1146 f.; *ders.*, Gutgläubiger Erwerb S. 285 f. jedoch verteidigt werden, obgleich er bei Besprechung der Vinkulierung des Herausgabeanspruchs richtig bemerkt, es gehe nicht um das Problem, ob das Vertrauen des Erwerbers auf die formlose Abtretbarkeit des Herausgabeanspruchs geschützt werde; es handle sich vielmehr um die davon getrennte Frage, ob der Erwerber das Eigentum erlangt habe, wiewohl er den Anspruch auf Herausgabe – man wird zu ergänzen haben: vom Veräußerer – nicht erworben habe.

<sup>226</sup> Vgl. dazu oben § 8 II 2 b (3) und § 8 II 2 e (4).

<sup>227</sup> Anders zum Teil beim Rektalagerschein; vgl. die Nachw. in Fn. 224.

Veräußerung ins Leere zielen, wenn sie nicht von der Übergabe des Papiers begleitet werde.<sup>228</sup> Die Prämisse – sie sei hier vorläufig als korrekt unterstellt<sup>229</sup> – setzt gerade voraus, daß der Herausgabeanspruch seine Sperrwirkung entfaltet, und zwar sogar bei Übereignungen Berechtigter. Selbst eine Zession, die mißglückt war, könnte den unmittelbaren Besitzer nicht davon abhalten, mit dem Erwerber ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu verabreden und so die Sperrwirkung zu unterlaufen.

Das wird abermals augenfällig, wenn man die befolgte Weisung des Veräußerers an den unmittelbaren Besitzer, dem Erwerber den Oberbesitz zu vermitteln, ins Kalkül zieht. Es dürfte unbestritten sein, daß das BGB diese Übergabemodalität kennt.<sup>230</sup> Die Analyse des Zusammenspiels zwischen der Besitzumstellung und der Zession des Herausgabeanspruchs, der Standpunkt zu der Frage, ob es denn auch bei dieser der Papierübergabe bedürfe, fördert unvermittelt konstruktive Schwierigkeiten ans Licht. Unbefangen die Besitzumstellung § 929 S. 1 BGB zu unterstellen, scheint zu einer von § 931 BGB und seinen Regeln abweichenden Übergabemodalität zu führen, die wie in den Normalfällen der §§ 929f. BGB vom Besitzwechsel am Papier getrost absehen darf. Da § 934 Fall 2 BGB dieser Besitzumstellung korrespondiert, mit der einzigen, lediglich für das Tatbestandsmerkmal der Berechtigung spezifischen Abweichung, daß nicht der Eigentümer, sondern ein Nichtberechtigter die Umstellung in die Wege leitet, müßte der Verzicht auf die Übergabe des Papiers Konsequenzen für den Erwerb vom Berechtigten nach sich ziehen. Die Vorschrift dürfte keine höheren Anforderungen stellen, also nicht auf der Papierübergabe bestehen, sollte nicht schon der These der h. M., es sei nicht von einer Besonderheit des redlichen Erwerbs die Rede, der Boden entzogen werden. Näher, von der h. M. meist nur implizit vorausgesetzt, selten präzisiert, liegt es, die Bedingungen, denen die Zession unterworfen sein soll, auf die Besitzumstellung zu erstrecken.<sup>231</sup> Weil eine – hier nur fingierte – Abtretung mißlungen wäre, darf es um das Los einer Besitzumstellung nicht besser bestellt sein. Nur so ist eine Ansicht zu erklären, die den Erwerb der fehlenden Papierübergabe wegen zum Scheitern verurteilt,<sup>232</sup> ungeachtet der Frage, ob der Eigentümer tätig geworden ist oder ein Nichtberechtigter gehandelt hat. Damit schließt sich der Kreis. Wie bei § 934 Fall 2 BGB muß dem verbrieften Herausgabeanspruch – hier sogar beim Erwerb vom Berechtigten – Sperrwirkung zuerkannt werden. Die Entstehung der neuen Forderung zu hindern, besitzt der Anspruchsinhaber keinerlei Handhabe. Die analoge Geltung der Zessionsregeln ist nur um den Preis zu bewerkstelligen, daß der alte Anspruch sich dem

<sup>228</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 215.

<sup>229</sup> Zur Kritik vgl. unten § 8 II 3 d.

<sup>230</sup> Vgl. nur Tiedtke, WM 1979, 1144 mwN.

<sup>231</sup> So Tiedtke, WM 1979, 1147; ders., Gutgläubiger Erwerb S. 286 für das Orderpapier; anders ders., WM 1979, 1152; ders., Gutgläubiger Erwerb S. 289 für das Rektapapier. – Wie atypisch ein solches Postulat ist, sei hier nur angedeutet. Während ansonsten sogar besitzlose Sachen ohne weiteres durch bloße Einigung übereignet werden können, soll hier nicht einmal der tatsächlich begründete Besitz nützen.

<sup>232</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 231.

im nachhinein begründeten als überlegen erweist und deshalb der Erwerb der Sache selbst mißlingt.<sup>233</sup> Der (verbriefte) Herausgabeanspruch des Berechtigten unterbindet nicht nur redlichen, sondern jeden Erwerb.

#### d) Sonderregeln für verbrieft Herausgabeansprüche?

Das Dogma, der unmittelbare Besitzer befinde selbstherrlich über Erfolg oder Mißlingen des redlichen Erwerbs, löst sich, einmal durchbrochen, schnell zur Gänze auf, sollte es nicht glücken, den Ausnahmehereich auf verbrieft Herausgabeansprüche einzudämmen. Ohne den Nachweis, es drehe sich um ein wertpapierrechtliches Spezifikum, wäre der generellen Sperrwirkung des Herausgabeanspruchs nichts entgegenzusetzen. Das Argument der h.M., schon der Berechtigte sei zur Papierübergabe gehalten, ergibt von ihrer Warte aus seinen guten Sinn. Kann die Rolle des Herausgabeanspruchs schon nicht in vollem Umfang negiert, so kann sie doch wenigstens auf das Sondergebiet der verbrieften Forderung zurückgedrängt werden. Obgleich Rechtsprechung und Literatur sich für das Orderpapier mehrheitlich, für das Rektapapier jedenfalls zum Teil zu diesem Dogma bekennen,<sup>234</sup> sind die Bedenken keineswegs zerstreut.

---

<sup>233</sup> Bei der Besitzumstellung auf Weisung des Berechtigten liegt die Sache gar noch komplizierter. Regelmäßig erlischt hier der Anspruch (so für den Normalfall einer nicht verbrieften Forderung *Tiedtke*, WM 1978, 447), woran das Papier nichts ändert, da es im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner den Anspruch selbst nicht ersetzt. Um den Erwerb auszuschließen, müßte daher die Forderung als weiterbestehend fingiert werden. Für Verfügungen Nichtberechtigter stellt sich dieses Problem nicht. Weil § 407 BGB nicht gilt, kann der Nichtberechtigte durch seine Weisung den Anspruch des Eigentümers nicht zu Fall bringen.

<sup>234</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 215; ferner für den Orderwechsel etwa RGZ 88, 290, 292; 160, 338, 341; RG LZ 1921, 496, 497; BGH NJW 1958, 302, 303; 1979, 1704; WM 1970, 245, 246; MünchKomm/Roth, § 398, 27; *Staudinger/Kaduk*<sup>11</sup>, § 398, 107; *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a; *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 666; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 212; *Raiser*, ZHR 101, 42; *Tank*, NJW 1958, 659; *Reinicke*, WM 1959, 1355; *ders.*, DB 1958, 391; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 239f.; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5; ebenso trotz des Wortlauts des Art. 11 Abs. 2 WG für den Rektawechsel *Richardi*, § 16 II 2; *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 667; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 212; die h.M. entscheidet hier allerdings anders; vgl. etwa MünchKomm/Roth, § 398, 28; *Wolff/Raiser*, § 65 III 2; *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 b; *Rödig*, Recht aus dem Papier S. 33 Fn. 76; *Raiser*, ZHR 101, 39 mit umfangr. Nachw.; generell a.A. *Zöllner*, Festschrift für *Raiser* S. 277ff.; *ders.*, Wertpapierrecht § 14 I 2; *Baur*, § 53 d I 2; *Locher*, Recht der Wertpapiere S. 98; *Muscheler*, NJW 1981, 658ff.; offengelassen von *Staudinger/Gursky*, § 952, 5.

Daß der Orderwechsel nur übereignet werden könne, wie etwa *Harms*, Wertpapierrecht S. 71 f., 89; *Stengel*, Orderkonossement S. 58 f.; *Wolff/Raiser*, § 65 III 2 meinen, ist wenig plausibel. Das Verbot einer Zession wird nicht näher begründet; das ist um so bemerkenswerter, als die Forderung beim Rektawechsel nur durch Abtretung übertragen werden kann und auch beim Orderwechsel die Umdeutung eines unwirksamen Indossaments in eine Zession in Betracht kommt. Das Orderpapier bezweckt weitergehenden Verkehrsschutz, auf den die Parteien aber verzichten können; wo sie dies tun, besteht kein Anlaß mehr, auf der Übereignung zu beharren; vgl. etwa *Muscheler*, NJW 1981, 658.

(1) Die vereinzelt bemühte Analogie zu § 792 Abs. 1 S. 3 BGB<sup>235</sup> überschätzt die Norm vornehmlich angesichts ihrer einigermaßen dunklen Ratio.<sup>236</sup> Läge § 792 BGB tatsächlich ein verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke zugrunde, so dürfte man sich nicht mit der entsprechenden Geltung des § 792 Abs. 1 S. 3 BGB bescheiden, sondern hätte sie auch auf § 792 Abs. 1 S. 2 BGB zu erstrecken, also auf schriftlicher Abtretungserklärung zu bestehen. Die dem Indossament nahezu identische Anforderung müßte die Zession ihrer eigenständigen Funktion entkleiden.<sup>237</sup> Ein durchgängig verbindlicher § 792 Abs. 1 S. 3 BGB könnte zudem vor dem Sparbuch nicht haltmachen – und doch denkt kaum jemand daran, die Abtretung des Anspruchs an die Übergabe des Buches zu binden.<sup>238</sup>

(2) Unergiebig ist der bloße Begriff des Wertpapiers<sup>239</sup> wie auch derjenige des Traditionspapiers. Daß die Ausübung des Rechts die Innehabung des Papiers erfordert, läßt keine Rückschlüsse auf den Zwang zur Übergabe oder ihre Entbehrlichkeit zu.<sup>240</sup> § 952 BGB, der, obgleich auch für Rektapapiere einschlägig,<sup>241</sup> ganz offensichtlich von der Möglichkeit eines Auseinanderfallens von Eigentum und Besitz ausgeht,<sup>242</sup> zeigt schon das Gegenteil; nicht anders läßt sich auch Art. 11 Abs. 2 WG verstehen.<sup>243</sup> Mit vermindertem Verkehrsschutz hat sich der Zessionar abgefunden, da er nur ein Rektapapier erwarb bzw. sich auf eine Abtretung des Orderpapiers einließ und nicht auf seiner Girierung bestand.<sup>244</sup> Die Charakterisierung als

<sup>235</sup> *Richardi*, § 16 II 2; ferner BGH NJW 1958, 302, 303 und *Heymann/Kötter*, § 363, 4 jeweils mit pauschalem Hinweis auf § 792 BGB.

<sup>236</sup> *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a; *Muscheler*, NJW 1981, 659.

<sup>237</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 364, 15; *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5; *Muscheler*, NJW 1981, 659; ablehnend auch *Raiser*, ZHR 101, 41; *Tiedtke*, WM 1979, 1148.

<sup>238</sup> Ablehnend etwa RGZ 89, 401, 402; *MünchKomm/Roth*, § 398, 28; *MünchKomm/Hüfner*, § 808, 27; *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1182; *Hueck/Canaris*, § 27 I 2; *Zöllner*, Festschrift für *Raiser* S. 273 Fn. 71; *ders.*, Wertpapierrecht § 2 II 3; *Baumbach/Hefermehl*, WPR Rdn. 81; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 102; *Richardi*, § 10 II; *Larenz*, II § 66 VII b; *Tiedtke*, WM 1979, 1148.

<sup>239</sup> Anders RGZ 88, 290, 292; *Staudinger/Kaduk*<sup>11</sup>, § 398, 107; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 717; *Henrichs*, Wechselwerber S. 104 Fn. 7 a; für das Orderpapier auch *Schlegelberger/Liesecke*, § 647, 4; für das Rektakonnossement auch *Prüßmann/Rabe*, § 647 B; wohl auch *Schlegelberger/Hefermehl*, § 363, 59: Der Anspruch sei untrennbar mit der Urkunde verbunden und deshalb nicht ohne sie abtretbar.

<sup>240</sup> BGH NJW 1958, 302, 303; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5; *Hueck/Canaris*, § 1 I 5 b; *Zöllner*, Festschrift für *Raiser* S. 278; *ders.*, Wertpapierrecht § 14 I 2; *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 666; *Raiser*, ZHR 101, 40; *Muscheler*, NJW 1981, 659; *Serick*, II § 26 I 2 = S. 341; *Tank*, NJW 1958, 659; *Tiedtke*, WM 1979, 1146; *Kühlberg*, Verkehrsschutz S. 88.

<sup>241</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Gursky*, § 952, 5; das Sparbuch ist nach ganz h. M. ein Rektapapier; vgl. nur *Canaris*, Bankvertragsrecht Rdn. 1181.

<sup>242</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Gursky*, § 952, 10; *Baur*, § 53 d I 2; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 2 II 3; *Raiser*, ZHR 101, 40.

<sup>243</sup> *Muscheler*, NJW 1981, 659.

<sup>244</sup> Das ist folgerichtig anders, wo das BGB – wie in den §§ 1154 f. – Verkehrsschutz vorseht.

Traditionspapier – schon für die Übereignung von nicht weiter führendem Erkenntniswert – gibt für die Begründung einer Sperrwirkung endgültig nichts her.

(3) Für sich allein genommen vermag das sachenrechtliche Traditionsprinzip schon deswegen nichts auszurichten,<sup>245</sup> weil die Parteien sich durch die Abtretung den Regeln der §§ 398 ff. BGB unterstellt haben.<sup>246</sup> Das Zessionsrecht mißt der Übergabe der Urkunde keinerlei konstitutive Bedeutung bei, verzichtet im Gegenzug auf den charakteristischen Schutz des Sachenrechts und des Indossaments. Das Argument gewinnt erst an Konturen, wenn es die Kongruenz von Besitz und Berechtigung in den Vordergrund rückt, die als durchgängiges Prinzip des BGB insbesondere im Recht der Wertpapiere ihren Platz beanspruchen soll.<sup>247</sup> Das kontrastiert schon mit der Möglichkeit, die Ware nach § 930 BGB zu übereignen, die ohne Papierübergabe zu bewerkstelligen ist.<sup>248</sup>

Generell kollidiert ein solch rigides Verlangen zudem mit den §§ 929 S. 2, 930 BGB, die das Konstitut ausdrücklich respektieren und deretwegen die h.M. den Ersatz der Übergabe nach § 930 BGB auch im Recht der Wertpapiere gestattet,<sup>249</sup>

<sup>245</sup> Ablehnend etwa *Muscheler*, NJW 1981, 660. – Auch *GroßKomm/Canaris*, § 363, 111; § 364, 15; *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5 argumentieren nicht mit dem Traditionsprinzip allein, sondern zusätzlich mit dem Gebot der Rechtssicherheit – vgl. sogleich im Text.

<sup>246</sup> Weshalb auch der Gedanke vollständiger Lösung des Veräußerers vom Besitz (*Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a; *Tiedtke*, WM 1979, 1146) nicht überzeugt. Angesichts der Möglichkeit der Sicherungsübereignung ist er in weitem Maße durchbrochen (*Muscheler*, NJW 1981, 660; eingeräumt auch von *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a). Er gilt – wenn überhaupt – nur beim Erwerb vom Nichtberechtigten, nicht vom Eigentümer; § 930 BGB hebt sich insoweit von § 933 BGB ab.

<sup>247</sup> So etwa *BGH* NJW 1958, 302, 303; *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5; *Tiedtke*, WM 1979, 1146 für den Orderlagerschein; anders *ders.*, WM 1979, 1148 für den Namenslagerschein; *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 666; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 212; *Tank*, NJW 1958, 659; *Reinicke*, DB 1958, 391; *Henrichs*, Wechselwerber S. 104 Fn. 7a; wohl auch *BGHZ* 49, 160, 163; ablehnend *Zöllner*, Festschrift für Raiser S. 281.

<sup>248</sup> *Muscheler*, NJW 1981, 660.

<sup>249</sup> *RGZ* 116, 198, 202; *BGH* NJW 1958, 302, 303; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 364, 3; *Baumbach/Hefermehl*, WG Einleitung Rdn. 31; Art. 11, 5; *GroßKomm/Canaris*, § 363, 83; *Hueck/Canaris*, § 8 I 1 a; *Reinicke*, DB 1958, 391; *ders.*, WM 1959, 1355; *Maurer*, AWD 1960, 256; *Stengel*, Orderkonnossement S. 48 f., 59 Fn. 193; 80, 162; *Jacobi*, Ehrenbergs Handbuch IV S. 548; *Nielsen*, WM 1986 Beilage 9 S. 16; darauf stützen sich auch *Zöllner*, Festschrift für Raiser S. 273 Fn. 71 (der zu Recht darauf verweist, das Traditionsgebot müßte, um seiner Funktion gerecht zu werden, Surrogate ausschließen); *Muscheler*, NJW 1981, 660 als Kritiker der h.M.; a.A. *Serick*, II § 26 I 2 = S. 342; IV § 53 IV 5 a = S. 635; *Tank*, NJW 1958, 659; *Henrichs*, Wechselwerber S. 104 Fn. 7a; *Schaps/Abraham*, § 650, 14 mwN.; *Schlegelberger/Liesecke*, § 650, 5; *Wüstendörfer*, Seehandelsrecht S. 324; *Prüßmann/Rabe*, § 650 C 3 a; anders *ders.*, § 650 E 3. – *Tank*, NJW 1958, 659 meint, ein solches Auseinanderfallen beschwöre notwendigerweise untragbare Konflikte herauf. Der Erwerber des Wechsels müsse mit Übergang der Forderung aufgrund verlängerter Eigentumsvorbehalte und daher mit fehlender Zuständigkeit seines Partners rechnen. Die Rechtsprechung erlege ihm erhöhte Nachforschungsobliegenheiten auf. Das ist nicht richtig; Denn im Gegensatz zur konkreten Ware, bei der sich

sich dabei mit behutsamen Anforderungen begnügt,<sup>250</sup> was indes den Wunsch nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit,<sup>251</sup> der sich im Einklang von Recht und Besitz ausdrücken soll, an entscheidender Stelle, aber durchaus systemgerecht aufweicht: Kann die Übergabe eines indossierten Wechsels durch ein Surrogat ersetzt werden,<sup>252</sup> so darf man bei einem zedierten keine nachhaltigeren Schranken errichten.<sup>253</sup>

Ein strikt verstandener Zwang zur körperlichen Übergabe, der sich aus der Funktion der Wertpapiere, den Besitz mit dem Recht zu vereinen, zu legitimieren hätte, dürfte nicht zwischen Rekta- und Orderpapieren differenzieren.<sup>254</sup> Die Diskrepanz mit der unterschiedlichen Bestimmung der Papiere für *künftigen* redlichen Erwerb zu untermauern, der nur für das Order-, nicht für das Rektapapier in Frage kommt,<sup>255</sup> befrachtet das Traditionsprinzip mit Aufgaben, deren es sich seit längerem entledigt hat. Der Verkehrsschutz wird durch redlichen Erwerb, nicht durch ein Traditionsprinzip gewährleistet, das angesichts der gesetzlich vorgesehenen Surrogate nicht mehr auf der zwangsweisen Koinzidenz von Recht und Besitz beharren darf.<sup>256, 257</sup> Auch die Begründung, der Orderlagerschein als Traditionspapier sei an-

---

solche Verdachtsmomente in der Tat aufdrängen können, sieht man dem Wechsel nicht an, aufgrund welcher Geschäfte er begeben wurde (Zöllner, Festschrift für Raiser S. 279 Fn. 94).

Serick, IV § 53 IV 5a = S. 633f. und Muscheler, NJW 1981, 658 Fn. 9 machen darauf aufmerksam, daß die Zitierung von § 930 BGB ungenau ist, da hier nicht ein Übergabesurrogat zur Debatte steht, das seine Rolle (nur) bei der Übereignung spielt.

<sup>250</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1958, 302, 303; dem entspricht die allgemeine Tendenz, die Bedingungen für ein Besitzmittlungsverhältnis iS. des § 930 BGB niedrig anzusetzen; vgl. nur BGHZ 73, 253, 257f.

<sup>251</sup> Baumbach/Hefermehl, WG Art. 11, 5; Serick, II § 26 I 2 = S. 342; Tank, NJW 1958, 659; Tiedtke, WM 1979, 1146. – Dieses Streben nach Rechtssicherheit wird zudem unterminiert, wenn bei einer Zession einer künftigen Forderung unter antizipiertem Besitzkonstitut der Zedent das Geschäft durch einfache, nach außen tretende Sinnesänderungen ins Leere laufen lassen kann; vgl. nur Muscheler, NJW 1981, 660.

<sup>252</sup> BGH WM 1957, 674, 675; Hueck/Canaris, § 8 IV 2a; Serick, IV § 53 IV 5a = S. 635; Ulmer, Recht der Wertpapiere S. 215; Reimicke, WM 1959, 1355.

<sup>253</sup> Reimicke, WM 1959, 1355. Wenig überzeugend ist daher Serick, IV § 53 IV 5a = S. 635, der in der Tat für einen Übergang nach Sachenrecht geringere Anforderungen an die Tradition stellt als für die Zession. Selbst die Vertreter der Mindermeinung, die eine Übereignung fordern (vgl. die Nachw. in Fn. 234), wären hier weniger streng.

<sup>254</sup> Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht S. 667; differenzierend jedoch Hueck/Canaris, § 8 I 1a und b; GroßKomm/Canaris, § 364, 15f.; GroßKomm/Koller<sup>4</sup>, § 424, 18 einerseits, § 424, 28 andererseits, der dies mit der speziellen Funktion des Orderlagerscheins begründet; nur er verlange eine Rechtsfortbildung; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 11, 5; Tiedtke, WM 1979, 1146f. einerseits, WM 1979, 1151f. andererseits; zu Recht kritisch Zöllner, Wertpapierrecht § 14 I 2; Locher, Recht der Wertpapiere S. 98; Muscheler, NJW 1981, 659.

<sup>255</sup> So indes Hueck/Canaris, § 8 I 1a; Raiser, ZHR 101, 42. Die Replik Muschelers, NJW 1981, 660 ist schwer einzuordnen. Daß der Rechtsschein nicht an den Besitz, sondern an die Indossamentenkette anknüpft, auf deren Geschlossenheit der Erwerber verzichtet habe (so Muscheler, aaO.), ist zwar richtig, hindert aber den Schutz späterer Nehmer nicht. Denn die fehlende formelle wird durch den Nachweis der materiellen Berechtigung ersetzt (Baumbach/Hefermehl, WG Art. 16, 13).

<sup>256</sup> Wacke, Besitzkonstitut S. 38ff.; Zöllner, Festschrift für Raiser S. 281; ders., Wertpapier-

ders zu gewichten als der Namenslagerschein, soweit man nicht die Regeln der Traditionspapiere auf diesen erstrecken wolle,<sup>258</sup> dreht sich im Kreis: Müßte doch erst der Nachweis erbracht werden, daß und warum Traditionspapiere Sperrwirkung entfalten.

(4) Der Zessionar der Forderung, der auf die Aushändigung des Papiers verzichtet hat, läuft zweifelsohne Gefahr, diesen seinen Anspruch (und damit gegebenenfalls auch das Eigentum an der Sache) durch eine erneute Verfügung seines nunmehr nicht berechtigten Partners einzubüßen. Eines solchen Risikos wegen bereits den Erwerb des Erstzessionars zu verwehren<sup>259</sup> hieße indes, die Rolle des Papiers zu überdehnen. Jeder Eigentümer ist einem vergleichbaren Wagnis ausgesetzt, soweit ein Dritter einem Abkäufer den Besitz verschaffen kann,<sup>260</sup> ohne daß sich diese Gefahr auf Fälle beschränkte, in denen der Herausgabeanspruch in einem Order- bzw. Namenspapier verbrieft ist. Das behauptete Privileg, das dem Zessionar das Eigentum von vornherein versagt, damit er es durch den redlichen Erwerb eines Dritten nicht wieder einbüße, ist in seiner Radikalität mehr als fragwürdig. Andere Übergabesurrogate werden ausgenommen, obgleich dort in ähnlicher Weise Doppelverfügungen den Erwerber wieder um sein Recht bringen können. Hat etwa der Papierinhaber die Sache gemäß § 930 BGB übereignet – eine Modalität, zu deren Wirksamkeit es der Übergabe des Scheins nicht bedarf<sup>261</sup> –, kann er das Gut erneut veräußern und dabei das Papier indossieren, ohne daß die h. M. sich veranlaßt sähe, die erste Verfügung ins Leere laufen zu lassen.<sup>262</sup>

Solcher Ungereimtheiten wegen hat man von der gegenteiligen Warte her angesetzt: Die Umlauffähigkeit des Orderlagerscheins hätte eine empfindliche Einbuße hinzunehmen, sollte die Übereignung des Gutes durch bloße Zession des Herausgabeanspruchs zugelassen sein, da der Inhaber damit rechnen müsse, sein Recht durch redlichen Erwerb eines Dritten gemäß § 934 Fall 2 BGB zu verlieren. Dem sei durch eine Rechtsfortbildung, die Anspruch und Papier koppelte, entgegenzuwirken<sup>263</sup> –

---

recht § 14 I 2. Die von *Wacke*, aaO. S. 43 ff. gebilligte Funktion des Traditionsprinzips – der Schutz des Eigentümers vor redlichem Erwerb in Fällen des Nebenbesitzes – ist, ohnehin nicht ganz korrekt beschrieben, hier nicht tangiert.

<sup>257</sup> Es sei daran erinnert, daß nur eine analoge Anwendung zur Debatte steht. Selbst ein für die Zession streng zu fassender Übergabezwang hätte der Tatsache Rechnung zu tragen, daß die neue dem verbrieften Anspruch konkurrierende Forderung ihrerseits nicht in einem Papier beurkundet ist. Ihre *künftige* Umlauffähigkeit scheidet als Argument damit jedenfalls aus.

<sup>258</sup> *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 29; *Tiedtke*, WM 1979, 1148.

<sup>259</sup> So *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 5; *Tiedtke*, WM 1979, 1146 für den Orderlagerschein; anders *ders.*, WM 1979, 1148 für den Namenslagerschein; wohl auch BGH NJW 1958, 302, 303.

<sup>260</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 363, 113 unter dem Aspekt des Besitzes als Rechtsschein.

<sup>261</sup> Vgl. oben § 8 II 3 am Anfang mit Fn. 214.

<sup>262</sup> *Tiedtke*, WM 1979, 1147. Daher kann man nicht, wie *Tiedtke*, WM 1979, 1146, den Rechtsschein des Papiers demjenigen der Ware überordnen; ablehnend auch *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 18.

<sup>263</sup> *GroßKomm/Koller*<sup>4</sup>, § 424, 18 für den Orderlagerschein; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 285; *ders.*, WM 1979, 1146.



eine Rechtsfortbildung freilich, die hinsichtlich ihrer Legitimation wie ihrer Grenzen auf brüchigem Fundament steht. Der Zweck der Orderpapiere – die Umlauffähigkeit durch redlichen (einredefreien) Erwerb zu stärken<sup>264</sup> – besagt nichts über den Schutz eines Zessionars, dem das Papier nicht übergeben wurde. Hätte das Prinzip uneingeschränkt Geltung, müßte jeder redliche Erwerb – auch derjenige nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB unter direkter Übergabe des Gutes – unterbunden werden. Zu solch rigoroser Konsequenz bekennen sich nicht einmal die entschiedensten Verfechter der absoluten Theorie.<sup>265</sup> Die durchgängige Sperrfunktion des Herausgabeanspruchs des Berechtigten gegenüber einem Erwerb, der den Zessionar nicht näher an die Sache herangeführt hat, erübrigt die Rechtsfortbildung vollends.<sup>266</sup>

(5) Es bleibt, die Ausfertigung eines Warenpapiers als Vinkulierung des Herausgabeanspruchs nach § 399 2. Alternative BGB zu interpretieren;<sup>267</sup> statt eines gänzlichen Ausschlusses läßt die Norm den Parteien auch freie Hand, die Zession an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen.<sup>268</sup> Die Beschränkung der Abtretbarkeit kann auf individueller Abrede, aber auch auf AGB beruhen; so wird zuweilen § 48 ADSP als eine derartige Erschwerung verstanden.<sup>269</sup> Bedenken, ob dadurch nicht der Grundsatz des § 137 S. 1 BGB, die freie Verfügbarkeit der Ware, allzu leicht beiseite geschoben wird,<sup>270</sup> braucht hier nicht im Detail nachgegangen zu werden. Soweit der Papierschuldner an der Zession beteiligt ist, namentlich soweit es um eine Besitzumstellung geht, an der er unausweichlich mitwirkt – und so lagen die bisher entschiedenen Fälle<sup>271</sup> –, gibt er sein Einverständnis kund, dessen dogmatische Einordnung als einseitiger Verzicht oder vertragliche Abrede<sup>272</sup> in den Hintergrund tritt, da auch der Veräußernde mit der Weisung seine Zustimmung erklärt.

<sup>264</sup> Vgl. dazu nur *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b; § 9.

<sup>265</sup> Vgl. die Nachw. in § 7 IV 1 a (1) Fn. 166.

<sup>266</sup> Vgl. dazu unten § 8 II 3 e.

<sup>267</sup> So etwa BGH NJW 1979, 2037, 2038; MünchKomm/Quack, § 934, 8; *Baumbach/Hefermehl*, WPR Rdn. 59; *Tiedtke*, WM 1979, 1150f.; wohl auch *Gursky*, JZ 1984, 608 jeweils für den Namenslagerschein; ablehnend *Hueck/Canaris*, § 23 II 4, da es die Parteien nicht in ihrer Macht hätten, sachenrechtliche Regelungen mit Wirkung gegenüber Dritten zu ändern.

<sup>268</sup> RGZ 136, 395, 399; BGH WM 1977, 819, 820; *Palandt/Heinrichs*, § 399, 3a; *Larenz*, I § 34 II 1 mit Fn. 15; *Tiedtke*, WM 1979, 1151.

<sup>269</sup> Vgl. den Überblick bei *Tiedtke*, WM 1979, 1149f.; vgl. auch Fn. 275.

<sup>270</sup> Vgl. etwa MünchKomm/Mayer-Maly, § 137, 20; MünchKomm/Quack, § 931, 13, 22; *Hueck/Canaris*, § 23 II 4; großzügiger dagegen RGRK/Pikart, § 931, 17. – Das OLG Düsseldorf WM 1970, 765, 766 hat die Vinkulierung jedenfalls dann für unwirksam gehalten, wenn damit die Verfügungsmacht zur Gänze ausgeschlossen wird – etwa weil einer Hinterlegung wegen die Auslieferung nicht verlangt werden kann; ebenso *Palandt/Bassenge*, § 931, 4a; *Staudinger/Wiegand*, § 931, 31.

<sup>271</sup> BGHZ 49, 160, 163 (Orderlagerschein); BGH NJW 1979, 2037, 2038 (Namenslagerschein); BGHZ 68, 18, 23; BGH LM Nr. 1 zu § 931 BGB (jeweils Konnossement); in allen Fällen war der unmittelbare Besitzer beteiligt bzw. hatte zumindest einen Teil der Ware an den Erwerber ausgeliefert.

<sup>272</sup> Überblick etwa bei *Nörr/Scheyhing*, § 3 VI 4 mit Fn. 72.

Der Ausschluß der Abtretbarkeit ist zumindest konkludent aufgehoben,<sup>273</sup> wobei es nicht die geringste Rolle spielt, ob man die Vinkulierung aus der Rechtsnatur der Papiere,<sup>274</sup> aus AGB oder einer Individualabrede ermitteln kann.<sup>275</sup> Dem Rektapapier das Orderpapier, dessen Rechtsnatur die Disposition über das Übergabeerfordernis versage,<sup>276</sup> gegenüberzustellen führt erneut in ein unauflösbares Dilemma. Das Wesen des Orderpapiers – das sollte im vorangegangenen Text deutlich geworden sein – deckt eine solche Deduktion gerade nicht; sie wäre mit dem Abtretungsausschluß erst zu erhärten gewesen.

(6) Die in sich unstimmige Prämisse wird nicht zuletzt mit Schwierigkeiten in der Grenzziehung erkauf. Die Übereignung ist nach § 929 S. 1 BGB zu werten und hängt nicht von der Übergabe des Papiers ab, wenn sich die Parteien des Verfügungsgeschäfts einigen und der Lagerhalter – sei es auch auf Abruf des Erwerbers – das Gut ausliefert. Denn unstreitig können Hilfspersonen in die Abwicklung eingeschaltet werden.<sup>277</sup> Ein Lagerschein beeinflusst das Ergebnis nicht. Wenn der Veräußerer dagegen den Herausgabeanspruch zediert, um den Rechtsübergang möglichst zeitig zu vollenden, soll das zum Nachteil des Abtretungsempfängers ausschlagen. Der einmal mißlungene Erwerb wird auch durch die Auslieferung nicht nachgeholt oder geheilt.<sup>278</sup> Ein prophylaktischer neuer Vertragsschluß kann ungeachtet all der sonstigen Ungereimtheiten schon deshalb nicht unterstellt werden, weil der Lagerhalter als evident Nichtberechtigter weder Anlaß noch Vollmacht hätte, die Einigung zu wiederholen. Soll andererseits nicht dem Zufall Tür und Tor geöffnet werden, muß der Erwerb mit Aushändigung der Sache<sup>279</sup> ebenso perfekt sein wie mit Begründung neuen Oberbesitzes des Erwerbers.<sup>280</sup> Der Orderschein hat seine Sperrwirkung eingebüßt, spätestens sobald der unmittelbare Besitzer in die Vertragsdurchführung eingegliedert ist.<sup>281</sup>

<sup>273</sup> MünchKomm/Quack, § 931, 22; Tiedtke, WM 1979, 1151, 1152; ders., Gutgläubiger Erwerb S. 289.

<sup>274</sup> Wenn Tiedtke, WM 1979, 1151 f. behauptet, nur beim Rektalagerschein (oder einer entsprechenden Abrede) gehe es um ein Abtretungsverbot nach § 399 2. Alternative BGB, die Übergabe des Orderlagerscheins sei dagegen zwingender Natur, so befindet er sich in einem argumentativen Zirkel. Es wäre vorab nachzuweisen, warum der Orderlagerschein übergeben werden muß.

<sup>275</sup> Die Erörterung, ob § 48 ADSp Ordnungsvorschrift ist oder nicht (vgl. dazu Tiedtke, WM 1979, 1149 f.), erübrigt sich also.

<sup>276</sup> So Tiedtke, WM 1979, 1151 f.

<sup>277</sup> Vgl. schon oben § 7 V 1 a (2) mit Fn. 306; sowie speziell Hueck/Canaris, § 23 II 4.

<sup>278</sup> Wenn BGHZ 49, 160, 163 anders entscheidet, bleibt er die Begründung schuldig.

<sup>279</sup> Ebenso im Ergebnis Hueck/Canaris, § 23 II 4; wohl auch Tiedtke, WM 1979, 1147, der den Erwerb nur verneint, wenn sich die Ware noch beim Lagerhalter befindet.

<sup>280</sup> Hueck/Canaris, § 23 II 4; a. A. Kühlberg, Verkehrsschutz S. 94 ff., der den Erwerber systemwidrig nur schützen will, wenn er die Papieraussstellung weder kannte noch kennen mußte.

<sup>281</sup> Ob das anders zu beurteilen ist, wenn der unmittelbare Besitzer nicht mitwirkt, was – von Ausnahmen abgesehen – nur beim Erwerb vom Berechtigten Bedeutung erlangt, ist nach der Wirksamkeit der Vinkulierung zu befinden. Hält man sie für zulässig, strahlt das auch auf § 931 BGB aus. Die Frage braucht hier nicht entschieden zu werden.

## e) Die durchgängige Sperrfunktion des Herausgabeanspruchs

Die Sonderrolle der Wertpapiere zu bemühen, den Erwerb auch vom Berechtigten zum Scheitern zu verurteilen, soweit das Papier nicht übergeben wird, dabei gar den Order- und den Rektaschein in ihren vermeintlichen Konsequenzen gegeneinander abzugrenzen hat sich demnach als Irrweg erwiesen. Sobald das Gelingen der Verfügung nicht unausweichlich mit der Aushändigung des Papiers verflochten ist, hat eine h. M., die auf eben dieser Prämisse basiert, ihre Überzeugungskraft verloren. Gleichwohl sollte man es sich ersparen, gestützt auf nur scheinbar tragfähige Prinzipien, durchweg dem unmittelbaren Besitzer und seinem Belieben die Schlüsselfunktion für Erfolg oder Fehlschlag des redlichen Erwerbs zu überantworten.<sup>282</sup> Allzu willkürlich wären die Resultate, allzu beliebig der einem sicheren Rechtszustand gewiß nicht dienliche Sprungerwerb. Der h. M., die dem verbrieften Herausgabeanspruch Sperrwirkung beimißt, ist durchaus Beifall zu zollen, vorausgesetzt, man akzentuiert sie korrekt. Der Erwerb vom Rechtsinhaber ist unbeschränkt eröffnet, derjenige vom Nichtberechtigten dagegen ausgeschlossen, soweit dem Eigentümer noch ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch zusteht, ohne daß es indes auf die Verbriefung ankäme. Mit anderen Worten: Nicht das Papier, sondern der Herausgabeanspruch verwehrt redlichen Erwerb.

## f) Die Konsequenzen

Steht dem Verfügenden weder das Eigentum noch die Forderung zu, etwa weil er diese vorher unter Indossierung des Papiers an den Ersterwerber übertragen hatte, so erlischt sie durch Weisung zur Besitzumstellung nicht. Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners, insbesondere § 407 Abs. 1 BGB, greifen nicht ein, soweit das Papier nicht vorgelegt wurde;<sup>283</sup> in dieser Hinsicht ist die Verbriefung also durchaus von Gewicht. Solange das Gut beim Lagerhalter bleibt, verfügt der Papierinhaber als Berechtigter, während der Gläubiger des konkurrierenden Anspruchs weder selbst Eigentümer wird noch seinen Nachmännern das Recht verschaffen kann. Sie alle kommen vor der Übergabe nicht näher an die Sache heran als der jeweilige Eigentümer.<sup>284</sup>

Auch für die umgekehrte Situation – der Berechtigte hatte die Forderung zediert, also das Eigentum übertragen, das Papier jedoch zurückbehalten – sind Schwierigkeiten nicht zu gewärtigen. Der Anspruch ist nicht verdoppelt, er geht bei einer

<sup>282</sup> So jedoch etwa MünchKomm/Quack, § 934, 8, 15, soweit der unmittelbare Besitzer die im Papier verbrieftete Besitzbeziehung eindeutig leugne, wobei „... keinesfalls (genüge), daß der unmittelbare Besitzer sich zweideutig verhält (Nebenbesitz)“. Die Stellungnahme Quacks bezieht sich nur auf das Rektapapier, wobei der Grund dafür, Orderpapiere anders zu bewerten, nicht näher entfaltet, sondern insoweit nur auf die Rechtsprechung verwiesen wird (vgl. MünchKomm/Quack, § 931, 21; § 934, 7). Vgl. ferner Tiedtke, WM 1979, 1150f.; ders., Gutgläubiger Erwerb S. 289f.; Gursky, JZ 1984, 608; gegen diese Differenzierung schon oben § 8 II 3 d (5) a. E.

<sup>283</sup> Vgl. nur Hueck/Canaris, § 1 II 2b bb; Zöllner, Wertpapierrecht § 3 IV 2.

<sup>284</sup> Weswegen auch nicht die Gefahr eines Sprungerwerbs besteht.

erneuten Zession auf den redlichen Indossatar des Lagerscheins über, der damit auch das Eigentum erhält. Seine Rechtsnachfolger erwerben jeweils vom Berechtigten und sperren durch ihren Herausgabeanspruch redlichen Erwerb der konkurrierenden Linie nach § 934 Fall 2 BGB.

§ 407 BGB und § 365 Abs. 1 HGB iVm. Art. 16 Abs. 2 WG spielen zusammen, wenn der Zedent erst nach der Abtretung den (ihm ja gar nicht mehr zustehenden) Anspruch verbriefen läßt. War der Schuldner redlich, was die vorangegangene Veräußerung des Anspruchs angeht, so erlischt dieser durch konkludente Aufhebung; das Papier vermittelt redlichen Erwerb. Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn der Lagerhalter die Forderungen verdoppelt – etwa weil er weiß, daß über die ursprüngliche Forderung bereits wirksam verfügt wurde. Der beim Eigentümer verbliebene Anspruch blockt die Wirksamkeit weiterer Verfügungen ab.<sup>285</sup> Das Namenspapier unterscheidet sich vom Orderschein in der Reichweite des Erwerberschutzes für die Forderung. Differierender Erwerberschutz im Hinblick auf das Eigentum findet dann seine Entsprechung, ohne daß jedoch aus der Qualifizierung als Traditionspapier Konsequenzen abzuleiten wären. In all diesen Fällen erlangt nach (zunächst) fehlgeschlagener Verfügung derjenige das Eigentum an der Sache, der ihre Auslieferung durchsetzen kann und so den Herausgabeanspruch des bislang Berechtigten zum Erlöschen bringt.

## § 9 Die Zurechnung

### I. Die Zurechnungsprinzipien

§ 935 BGB schränkt den Schutz der §§ 932ff. BGB ein. Gestohlene, verlorene oder sonstwie abhanden gekommene Güter sind, soweit die § 935 Abs. 2 BGB, Art. 16 Abs. 2 WG nicht wiederum eine Ausnahme vorsehen, dem Privileg des redlichen Erwerbs entzogen.

Trotz vereinzelt anzutreffender mißverständlicher Formulierungen steht dabei nicht eine monokausale Legitimation des Instituts des redlichen Erwerbs als solchem aus dem Gedanken der Veranlassung,<sup>1</sup> der Schadenstragung<sup>2</sup> oder der Gefahrbeherrschung<sup>3</sup> zur Debatte, sondern die Korrektur und Restriktion der Besitzver-

<sup>285</sup> A. A. Tiedtke, WM 1979, 1146.

<sup>1</sup> So etwa Meyer, Publizität S. 94f.; Pawlowski, Rechtsbesitz S. 51 ff.

<sup>2</sup> Brandt, Eigentumserwerb S. 263; wohl auch v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 224.

<sup>3</sup> Auch die Kritik von Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 12ff. bleibt an jeder einzelnen Komponente – etwa dem Verschuldens- oder Risikoprinzip, denen dann der Verkehrsschutz gegenübergestellt wird – hängen, ohne an eine Verschränkung zu denken. Umgekehrt ist auch der Versuch zum Scheitern verurteilt, den Diebesbesitz als vom Typus her anders gearteten Besitz zu brandmarken (Meyer, Publizität S. 84f.). Das ist jedenfalls bei späteren, ihrerseits möglicherweise gutgläubigen (Eigen-)Besitzern eine Fiktion (vgl. z. B. v. Lübtow, Festschrift für den

schaffungsmacht angesichts des Zurechnungsmoments.<sup>4</sup> Dieses seinerseits ist freilich nicht allzu plastisch konturiert, bedarf erst inhaltlicher Präzisierung – ein Defizit, auf das bereits *Canaris* hingewiesen hat.<sup>5</sup> Ein umfassendes Modell vorzustellen ist hier weder möglich noch nötig – schon deswegen, weil sich aus § 935 Abs. 1 BGB ausreichend Kriterien entnehmen lassen, die nicht durch eine übergreifende Zurechnungslehre erst abgesichert werden müssen.

### 1. Das Veranlassungsprinzip

Die herkömmliche Auffassung vermutet in § 935 Abs. 1 BGB eine Kodifikation des Veranlassungsprinzips.<sup>6</sup> Will man damit nichts weiteres beschreiben als die bloße Kausalbeziehung,<sup>7</sup> versperrt man sich die Interpretation von Differenzierungen, die § 935 Abs. 1 BGB ausdrücklich vorsieht. Bewußte Weggabe, die Abhandenkommen ausschließt, und allzu sorgloses Verhalten, das die Entwendung der Sache ermöglicht hatte, damit redlichen Erwerb blockiert, ließen sich nicht voneinander abstufen.<sup>8</sup> Bisweilen kommt der Unterschied in den Formulierungen der h.M. zwar schemenhaft zum Vorschein, etwa wo betont wird, der Eigentümer müsse die zum Erwerb des Gutgläubigen führende Besitzlage mit ihrem Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz bewußt geschaffen haben, solle redlicher Erwerb möglich sein,<sup>9</sup> der Kontrast zwischen den beiden Fällen läßt sich durch eine auf die Kausalität fixierte Sicht indes nicht erläutern.<sup>10</sup> Ohne es zu verdeutlichen, hat sich auch die

---

41. Deutschen Juristentag S. 220). Das Modell von *Heck*, Sachenrecht § 60, 1, das Recht sei hier durch das Schutzbedürfnis des unmittelbaren Besitzers verstärkt, beschreibt nur, erklärt aber nicht.

<sup>4</sup> Daß § 935 BGB nicht allein den redlichen Erwerb zu legitimieren vermag, sondern nur in Kombination mit anderen Kriterien, die freilich üblicherweise im Rechtsschein des Besitzes und in der Veranlassung des Auseinanderfallens von Besitz und Eigentum verortet werden, anstatt in der Besitzverschaffungsmacht und der Zurechnung, entspricht der ganz h.M.; vgl. etwa *Westermann*, § 45 III.

<sup>5</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 467 f.

<sup>6</sup> *Erman/A. Schmidt*, § 935, 1; *MünchKomm/Quack*, § 935, 1; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 1; *RGRK/Pikart*, § 935, 1 („mitverursacht“); *MünchKomm/Gitter*, vor § 104, 61; *Westermann*, § 45 III 2; § 49 I 1; *ders.*, JuS 1963, 7; *Eichler*, I S. 131; *Flick*, Besitz S. 128; *Nitschke*, JuS 1968, 543; wohl auch *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1 (Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum nicht gewollt); offen zwischen Veranlassungs- und Risikoprinzip *AK/Reich*, § 935, 1; allgemeiner (ohne Bezug auf § 935 BGB) *Meyer*, Publizität S. 94 ff.; *ders.*, Akzept S. 22, 24 ff.

<sup>7</sup> So z.B. *MünchKomm/Quack*, § 935, 1; *RGRK/Pikart*, § 935, 1; ausdrücklich im Sinn eines bloßen Kausalbeitrags *Römer*, Mobiliarerwerb S. 266 f.; siehe dazu auch den Überblick bei *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 474, der darauf hinweist, daß man so implizit auf das Zurechnungserfordernis gänzlich verzichtet.

<sup>8</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 476; *Rebe*, AcP 173, 198 f.; v. *Lübtow*, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 221; ähnlich *Hübner*, Rechtsverlust S. 102. – Wenn *Rebe*, AcP 173, 199 die Veranlassung bei besonderen Vorkehrungen verneint, kann er die Kausalität als solche doch nicht abstreiten. Auch gut gesicherte Sachen werden gestohlen.

<sup>9</sup> *Westermann*, § 45 III 2; anders dagegen *ders.*, JuS 1963, 7, wo er von einem nicht veranlassenden Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum spricht.

<sup>12</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 476; *Hübner*, Rechtsverlust S. 103.

h. M. längst von einer reinen Ursachenbetrachtung abgewandt, indem sie den Begriff des Abhandenkommens – angelehnt an den Gewahrsamsbruch beim Diebstahl und das zufällige Verlieren – als Verlust des unmittelbaren Besitzes ohne Willen des Besitzers definiert;<sup>11</sup> seine Intention ist mit dem Begriff der Kausalität nicht exakt zu beschreiben. Zudem beurteilt § 935 Abs. 1 S. 2 BGB das Abhandenkommen nach der Person des unmittelbaren Besitzers, obgleich der Beitrag des mittelbaren Besitzers als des Berechtigten, auf den die Veranlassung bezogen sein müßte, sich nicht verändert.<sup>12</sup>

## 2. Das Verschuldensprinzip

Als entgegengesetztes Extrem hebt sich das gelegentlich favorisierte Verschuldensprinzip<sup>13</sup> ab. Holt das Veranlassungsprinzip zu weit aus, so engt das Verschuldensprinzip übertrieben den Verantwortungsbereich des Eigentümers ein. Schon der Wortlaut des § 935 Abs. 1 BGB knüpft nicht bloß an die Vorwerfbarkeit an. Ob der Diebstahl durch Nachlässigkeit des Berechtigten erleichtert oder gar erst ermöglicht wurde, fällt nicht ins Gewicht.<sup>14</sup> Betroffen ist überdies nicht ein reines Problem der Schadenstragung<sup>15</sup> zwischen einem Verletzer und seinem Opfer, was die Affinität zu den Regeln des Verschuldens erhärten könnte, sondern zuvörderst die Abgrenzung des Erhaltungs- vom Erwerbsinteresse.

Typisiertes Verschulden, das dem Eigentümer stets die Verantwortung zuschiebe, wenn er die Sache einem Dritten anvertraut habe, ihn aber bei Diebstahl entlaste,<sup>16</sup> erschöpft sich in einer Fiktion,<sup>17</sup> wiederholt obendrein nur den Gesetzeswortlaut,

<sup>11</sup> So schon RGZ 1, 255, 257; 1, 415, 418 für § 306 Abs. 4 HGB der damaligen Fassung; Mot. III 348 = Mugdan III 193; ferner etwa RGZ 71, 248, 253; 101, 224, 225; implizit auch 103, 87, 89; BGHZ 4, 283, 285; BGH NJW 1953, 1506, 1507; WM 1969, 656, 657; *Jauernig*, § 935, 2b; *Palandt/Bassenge*, § 935, 1a; *Ermann/A. Schmidt*, § 935, 2; *AK/Reich*, § 935, 2; *StudK/M. Wolf*, § 935, 2; *RGRK/Pikart*, § 935, 4; *MünchKomm/Quack*, § 935, 5; *Soergel/Mühl*, § 935, 2; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 2; *Planck/Brodmann*, § 935, 2; *Baur*, § 52 V 2 vor a; *Westermann*, § 49 I 1; *Wolff/Raiser*, § 69 I 1; *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 431; *Eichler*, I S. 130 Fn. 163; *Flume*, II § 13 11 d; *Mormann*, WM 1966, 4; *Deutsch*, JZ 1978, 386; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 39; *Wiegand*, JuS 1974, 205; *Hoche*, JuS 1961, 79; *Nathan*, WürttR 23 (1911), 121; *Fuld*, AcP 89, 402f.

<sup>12</sup> *Rebe*, AcP 173, 199.

<sup>13</sup> So schon Mot. III 344 = Mugdan III 191: „An dem Irrthume des Erwerbers über das Eigenthum des Veräußerers trägt deshalb in der Regel der Eigenthümer in höherem Maße Schuld als der Erwerber“; ferner etwa *Reichel*, Grünhut 42, 180, der den Begriff im weitesten Sinn unter Einbeziehung von Gleichgültigkeit, Indifferenz, Interesselosigkeit und Unbekümmertheit begreift; v. *Schwerin*, Rechtsnachfolge S. 22.

<sup>14</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 479; *Rebe*, AcP 173, 199f.; *Hübner*, Rechtsverlust S. 98f. – § 935 Abs. 1 S. 2 BGB, den *Rebe*, AcP 173, 200 hier als weiteres Argument einführt, ließe sich noch als Zurechnung fremden Verschuldens deuten.

<sup>15</sup> So indes *Brandt*, Eigentumserwerb S. 261ff. mit zum Teil weitreichenden, mit dem Gesetz indes nicht mehr kongruenten Folgerungen, wie etwa dem Lösungsrecht.

<sup>16</sup> *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 13.

<sup>17</sup> *Rebe*, AcP 173, 200 Fn. 68; das konzediert auch *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 13.

ohne etwas zur Aufhellung des dahinter stehenden Prinzips, insbesondere aber zur Interpretation beizutragen, wann denn eine Sache abhanden gekommen sei. Da schließlich der Verlust eines Rechts, nicht dagegen die Haftung des Eigentümers normiert wird, würde § 935 BGB ohnedies nur eine Obliegenheitsverletzung beschreiben,<sup>18</sup> damit die Tendenz zum Risikoprinzip veranschaulichen.

### 3. Das (Mißbrauchs-)Risikoprinzip

Das Risikoprinzip,<sup>19</sup> hier in Gestalt des Mißbrauchsrisikos,<sup>20</sup> harrt indes ebenfalls der Konkretisierung. Eine schillernde Begriffsbildung, die vom Gedanken der Verantwortlichkeit<sup>21</sup> bis zur Gefahrbeherrschung<sup>22</sup> reicht und die schon beim Terminus des Veranlassungsprinzips im Ansatz erkennbar geworden war, da es um das Wollen<sup>23</sup> bzw. das Bewußtsein<sup>24</sup> erweitert wurde, entspringt der fundamentalen Unsicherheit, die dem Eigentümer aufgebürdeten Gefahren und die Kriterien der Verteilung abzugrenzen.<sup>25</sup>

#### a) Die Zurechnung anhand des natürlichen Willens des Eigentümers

Die h. M., nur mehr eigenem Bekunden nach am Veranlassungsprinzip orientiert, in der Sache jedoch längst Anhängerin des Risikoprinzips, was sich darin äußert, daß sie sich am Entschluß des unmittelbaren Besitzers ausrichtet,<sup>26</sup> will dessen natürlichen Willen befragen.<sup>27</sup>

<sup>18</sup> *Rebe*, AcP 173, 199.

<sup>19</sup> Vgl. etwa *Müller-Erzbach*, AcP 106, 442ff.; *ders.*, AcP 109, 129ff.; *ders.*, AcP 142, 30; *ders.*, Handelsrecht S. 416; *ders.*, Mitgliedschaft S. 329; *Hübner*, Rechtsverlust S. 105ff.; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 479ff.; *Rebe*, AcP 173, 200ff.; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 III 3a; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 39f.; *Wiegand*, JuS 1974, 205; von *Pawlowski*, Rechtsbesitz S. 27 wenig förderlich als Veranlassungstheorie bezeichnet; *Bülow*, AcP 186, 579 spricht von zurechenbarer Veranlassung, zitiert aber auch Mot. III 344.

Damit sind die denkbaren Zurechnungsprinzipien zwar keineswegs erschöpft, wie *Köndgen* zu Recht bemerkt (Selbstbindung S. 106ff.). Alternativen – etwa eine von der Veranlassung gelöste Solidarhaftung – würden aber § 935 Abs. 1 BGB erübrigen. *Köndgen* selbst klammert den Bereich des Rechtsverlusts aus seinen Überlegungen aus (Selbstbindung S. 112), was schon wegen seines Ansatzes – Selbstbindung durch Selbstdarstellung (Selbstbindung S. 165ff.) – naheliegt. Seine eigenen Zurechnungskriterien gewinnt *Köndgen* über die Einordnung der Selbstbindung als geschäftsbezogene Handlung, die von einem generalisierten Geschäftswillen mit allen Konsequenzen für Geschäftsfähigkeit, Auslegungsmaßstab und Beachtlichkeit von Willensmängeln getragen sei (Selbstbindung S. 188f.), was im Ergebnis ein durch die Normen über das Rechtsgeschäft präzisiertes Risikoprinzip ausdrückt.

<sup>20</sup> *Wiegand*, JuS 1974, 205; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 482ff., der sich hinsichtlich der Tauglichkeit für die §§ 932ff. BGB aber skeptisch äußert; vgl. hierzu unten § 9 I 3 b.

<sup>21</sup> So etwa *Rebe*, AcP 173, 200.

<sup>22</sup> So etwa *Hübner*, Rechtsverlust S. 105ff.

<sup>23</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 11.

<sup>24</sup> Vgl. z. B. *Westermann*, § 45 III 2.

<sup>25</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 481.

<sup>26</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 11.

<sup>27</sup> BGHZ 4, 10, 34f. (das dort erwähnte Zitat RGZ 101, 224, 225 drückt das bei weitem nicht so klar aus, wie der BGH glauben macht; daß der dort unter Drohung gefaßte Entschluß auch

(1) Auf solchem Fundament gedeiht ein buntes Meinungsbild. Trotz des geflüchtlichen Bezugs auf den natürlichen Willen ist man von einer Einigung weit entfernt, angesichts einer je nach Problem wechselnden Fraktionenbildung von einer durchgängig untermauerten Linie ganz zu schweigen. Einige Beispiele mögen die verworrene Lage veranschaulichen: Die auch freiwillige Weggabe durch einen Geschäftsunfähigen wird fast durchweg als Abhandenkommen gewertet;<sup>28</sup> Stimmen, die dies allenfalls als Faustregel akzeptieren,<sup>29</sup> sind allerdings nicht zu überhören. Der in der Entäußerung des Besitzes manifestierte Entschluß des beschränkt Geschäftsfähigen soll dagegen respektiert werden,<sup>30</sup> eine Position, die aus zwei unterschiedlichen Richtungen angegriffen wird: Von den Vertretern einer durchgängigen Lösung unter dem Primat des natürlichen Willens und der Einsicht in die Tragweite der Besitzaufgabe auf der einen,<sup>31</sup> von den Verfechtern rechtsgeschäftlicher Grundsätze auf der anderen Seite.<sup>32</sup> Einem Irrtum, einer Täuschung, gar einer

---

rechtliche Qualität hat, zeigt § 123 Abs. 1 BGB); *Jauernig*, § 935, 2b aa; *Erman/Werner*, § 854, 13; *Erman/A. Schmidt*, § 935, 3; *StudK/M. Wolf*, § 935, 2a; *RGRK/Pikart*, § 935, 4; *Soergel/Mühl*, § 935, 2; *MünchKomm/Quack*, § 935, 8; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 8; *Planck/Brodmann*, § 935, 2; *Baur*, § 52 V 2b; *Westermann*, § 49 I 3; *ders.*, JuS 1963, 7; *K. Müller*, Rdn. 2411; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 431; *Mormann*, WM 1966, 4; *Oertmann*, SeuffBl 74, 581; *Stricker*, Sache S. 21.

<sup>28</sup> Mot. III 348 = *Mugdan* III 194; BGHZ 4, 10, 35 (obiter); KG OLGE 15, 356, 357; vgl. ferner *Palandt/Bassenge*, § 935, 2c; *Erman/A. Schmidt*, § 935, 4; *AK/Reich*, § 935, 2; *RGRK/Pikart*, § 935, 14; *Soergel/Mühl*, § 935, 2; *MünchKomm/Quack*, § 935, 9; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 8 (da in der Regel nicht willensfähig); *Westermann*, § 49 I 3 (da ein Geschäftsunfähiger für eigenes Tun nie verantwortlich sei); vorsichtiger *ders.*, JuS 1963, 7 („in der Regel“); *K. Müller*, Rdn. 2411; *Düringer/Hachenburg/Breit*, vor §§ 366 f., 38; *Wellspacher*, Vertrauen S. 20; *Fuld*, AcP 89, 406; vgl. ferner die Nachw. in Fn. 32. Wer schon beim beschränkt Geschäftsfähigen die §§ 104 ff. BGB anwendet, muß auch den Geschäftsunfähigen so behandeln.

<sup>29</sup> So konsequent *Jauernig*, § 935, 2b aa; *Oertmann*, SeuffBl 74, 581; *Nathan*, WürttR 23 (1911), 121 ff.; wohl auch *Baur*, § 52 V 2b aa; *Soergel/Hefermehl*, vor § 104, 19 („meist“); *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1; *Hübner*, Rechtsverlust S. 115, da er § 827 BGB analog anwenden will; *Brandt*, Eigentumserwerb S. 282 f.

<sup>30</sup> Mot. III 348 = *Mugdan* III 194; BGHZ 4, 10, 35 (obiter); OLG Hamburg OLGE 43, 225; *Palandt/Bassenge*, § 935, 2c; *Erman/A. Schmidt*, § 935, 4; *AK/Reich*, § 935, 2; *Soergel/Mühl*, § 935, 2; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 8; *Düringer/Hachenburg/Breit*, vor §§ 366 f., 38; *Westermann*, § 49 I 3; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 431; *Wolff/Raiser*, § 69 I 1; *Fuld*, AcP 89, 406; *Stricker*, Sache S. 23; ähnlich *RGRK/Pikart*, § 935, 14 („im allgemeinen“); *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 42 („Umstände des Einzelfalls“), die damit schon zu den Anhängern der in Fn. 31 nachgewiesenen Mindermeinung überleiten.

<sup>31</sup> *Jauernig*, § 935, 2b aa; *Erman/Werner*, § 854, 13; *StudK/M. Wolf*, § 935, 2a; *MünchKomm/Quack*, § 935, 9; *Planck/Brodmann*, § 935, 2; *Soergel/Hefermehl*, vor § 104, 19; *Baur*, § 52 V 2b aa; *Brandt*, Eigentumserwerb S. 284 f.; *Oertmann*, SeuffBl 74, 581; *Nathan*, WürttR 23 (1911), 124; ähnlich *Hübner*, Rechtsverlust S. 116 unter Heranziehung des § 827 BGB.

<sup>32</sup> *MünchKomm/Gitter*, vor § 104, 64; *Flume*, II § 13 11d; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 453 Fn. 4; *ders.*, NJW 1964, 1988 Fn. 12; *Wellspacher*, Vertrauen S. 20; *Nitschke*, JuS 1968, 543, die die §§ 104 ff. BGB analog anwenden. Differenzierend *Dalhoff*, Geschäftsfähigkeit S. 150, der zwar Abhandenkommen bei Weggabe durch den Minderjährigen verneint, bei wertvollen Dingen ihm aber nur Besitzdienerschaft zubilligt und deshalb § 935 Abs. 1 BGB zum Zug kommen läßt. Ebenfalls die rechtsgeschäftlichen Regeln favorisiert *Heck*, Sachen-



Bedrohung mißt die h. M. keine Bedeutung bei,<sup>33</sup> während andere den natürlichen Willen nicht gewährleistet sehen.<sup>34</sup> Selbst bei unwiderstehlicher Gewalt und starkem seelischem Druck ist der Konsens darüber, redlichen Erwerb durch § 935 Abs. 1 BGB zu sperren, durchaus brüchig.<sup>35</sup> Eine rechtmäßige Beschlagnahme soll schließlich den Willen des Eigentümers ersetzen.<sup>36</sup> War sie dagegen rechtswidrig und wird sie infolgedessen später mit Rückwirkung aufgehoben, steht nach überwiegender Ansicht einer Verfügung nur dann kein Hindernis im Weg, wenn die Herausgabe nicht gegen den Willen des Besitzers erzwungen wurde.<sup>37</sup> Das wird bei einem nichti-

recht § 60, 5, die §§ 104 ff. BGB zieht er aber deswegen nicht heran, weil sie schon auf dem unmittelbaren Anwendungsgebiet zu weit gingen. Ohne endgültige Stellungnahme *Wiegand*, JuS 1974, 205 Fn. 58 a.

<sup>33</sup> Mot. III 348 f. = Mugdan III 194; RGZ 101, 224, 225; BGHZ 4, 10, 35 ff.; BGH NJW 1953, 1506, 1507; OLG Hamburg SeuffA 60, 283, 284; LG Ansbach NJW 1952, 592; *Jauernig*, § 935, 2b aa; AK/*Reich*, § 935, 2; RGRK/*Pikart*, § 935, 15, 16; *Soergel/Mühl*, § 935, 3; MünchKomm/*Quack*, § 935, 8 (für Irrtum); *ders.*, § 935, 9 (für Drohung, soweit sie sich auf den maßgeblichen natürlichen Willen nicht ausgewirkt habe); *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 8; *Wolff/Raiser*, § 69 I 1; *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 431; *Hübner*, Rechtsverlust S. 112 ff.; *Wellspacher*, Vertrauen S. 20 f.; *Dalhoff*, Geschäftsfähigkeit S. 149; *Hoche*, NJW 1953, 1506; *Fuld*, AcP 89, 404; *Stricker*, Sache S. 24 ff.; wohl auch *Erman/A. Schmidt*, § 935, 3. *Planck/Brodmann*, § 935, 2 und *Düringer/Hachenburg/Breit*, vor §§ 366 f., 39 schützen den Eigentümer, wenn er sich vergriffen hatte, nicht dagegen, wenn er bedroht wurde; *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 19 will bei arglistiger Täuschung, die zu einem Identitätsirrtum bezüglich des Geschäftsgegners führt, die Zurechnung bejahen, sie bei einer Täuschung über den Vertragsgegenstand sowie bei Drohung verneinen; differenzierend insbesondere beim Besitzdiener *Hoche*, JuS 1961, 79; vgl. dazu unten § 9 II 2b (2).

<sup>34</sup> *Baur*, § 52 V 2b bb für Drohung, anders für Irrtum oder Täuschung (nicht ganz eindeutig *ders.*, § 7 B II 3b: Bei Drohung „meist“ keine echte Wahl); ebenso *Palandt/Bassenge*, § 935, 2d, e; *Westermann*, § 49 I 3; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 41 f. *Heck*, Sachenrecht § 60, 5 will dagegen die Regeln über Verträge analog anwenden, bei Drohung Abhandenkommen bejahen, bei Irrtum läßt er die Frage offen; für Abhandenkommen bei Drohung *K. Müller*, Rdn. 2411; *Staudinger/Bund*, § 856, 15 hält die Sache bei Drohung für abhanden gekommen, bei Täuschung nur unter den engen Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 BGB.

<sup>35</sup> Für die Anwendung des § 935 Abs. 1 BGB BGHZ 4, 10, 34, 38 f., der jedoch einräumt, die Grenze zwischen Wegnahme und erpreßter Übergabe sei nicht immer leicht zu ziehen; BGH NJW 1953, 1506, 1507; AK/*Reich*, § 935, 2; RGRK/*Pikart*, § 935, 15; *Soergel/Mühl*, § 935, 3; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 8; *Planck/Brodmann*, § 935, 2; *Düringer/Hachenburg/Breit*, vor §§ 366 f., 39; *Baur*, § 7 B II 3b; *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1; *M. Wolf*, Sachenrecht Rdn. 431; *Hübner*, Rechtsverlust S. 113 f.; *Wellspacher*, Vertrauen S. 20; *Hoche*, NJW 1953, 1506; ablehnend *Jauernig*, § 935, 2b aa.

<sup>36</sup> BGHZ 4, 10, 33 f. mit umfangr. Nachw.; 4, 283, 285; OGHZ 1, 292, 295; OLG Braunschweig SJZ 1948, 758, 759; OLG Hamm SJZ 1948, 762; OLG Frankfurt NJW 1949, 429, 431; *Jauernig*, § 935, 2b aa; *StudK/M. Wolf*, § 935, 2a; RGRK/*Pikart*, § 935, 19; *Soergel/Mühl*, § 935, 4; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 11; *Baur*, § 52 V 2b cc; *Westermann*, § 49 I 4; *Wolff/Raiser*, § 69 I 1; *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 42; *Stricker*, Sache S. 32; *Raiser*, SJZ 1948, 763 f.; *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 19, da der Verfügende mit wirksamer Enteignung gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 1 BGB Eigentümer werde; ebenso bei rechtswidriger, jedoch nicht angefochtener Beschlagnahme schon wegen ihrer Bestandskraft etwa RGRK/*Pikart*, § 935, 19.

<sup>37</sup> RG DR 1912 Nr. 1313; BGHZ 4, 10, 34, 38 ff.; BGH LM Nr. 2 zu Art. 12 REG (BrZ); *Palandt/Bassenge*, § 935, 2g; RGRK/*Pikart*, § 935, 19; *Soergel/Mühl*, § 935, 4 (sofern er sich,

gen Verwaltungsakt als Basis der Besitzentziehung schon wieder kontrovers beurteilt.<sup>38</sup>

(2) Der natürliche Wille als Kriterium endet in einer mehr oder weniger intuitiven Lösung, die aber nur den irrigen Ansatz reflektiert. So widerspricht die h. M. der eigenen Prämisse, wenn sie generalisierende und obendrein konträre Vorschläge für das Abhandenkommen bei Weggabe durch Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige propagiert; in Wahrheit hat sie an die Stelle des natürlichen Willens bereits normative, in der Ableitung und Rechtfertigung freilich nicht näher explizierte Kriterien gesetzt.<sup>39</sup> Dem wäre noch zu begegnen, indem man den Richter auf die Motivforschung im Einzelfall verwies. Spätestens bei staatlichen Zwangsmaßnahmen stoßen solche Recherchen auf ihre Grenzen; weder ist stets garantiert, daß sich die Willensrichtung des unmittelbaren Besitzers, der seinerseits angesichts der Wegnahme durch staatliche Organe untätig bleibt, überhaupt herausfinden läßt, noch wird ein sachgerechtes Kriterium beschrieben: Soweit es etwa für den Gerichtsvollzieher nicht offensichtlich ist, daß die Sache einem Dritten gehört, darf er von der Pfändung und einer aufgrund der Umstände nötigen Wegnahme gar nicht absehen.<sup>40</sup> Sein Handeln ist rechtmäßig. Wollte man für die Verkehrsfähigkeit der beschlagnahmten Sache, auf die es jedenfalls ankäme, wenn das Gericht den Gläubiger nach § 825 ZPO zur freihändigen Veräußerung ermächtigt,<sup>41</sup> den natürlichen Willen des unmittelbaren Besitzers entscheiden lassen, so müßte man ihm, schon damit er seinen Entschluß nach außen dokumentiere, rechtswidrige Gegenwehr ansinnen, um späteren redlichen Erwerb zu blockieren.

---

wenn auch widerwillig, füge); *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 11; *Stricker*, Sache S. 32 f.; a. A. OLG Frankfurt NJW 1949, 429, 431; *Baur*, § 52 V 2b cc; *Westermann*, § 49 I 4; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 42 f. (unabhängig vom Willen des Besitzers liege nie Abhandenkommen vor, bis der Akt aufgehoben werde); wieder anders *Hübner*, Rechtsverlust S. 117 ff., der die Zurechenbarkeit stets verneint; ebenso das Rechtsgutachten des Justizministeriums für Nordwürttemberg und Baden NJW 1947/48, 139; LG Ansbach NJW 1952, 592; *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 19; dagegen will *Mormann*, WM 1966, 4 auf die Verantwortung für die Legitimationswirkung abstellen. MünchKomm/*Quack*, § 935, 13 glaubt, der Vollzug des Verwaltungsakts sei nur mit Wirkung ex nunc rückgängig zu machen; der Streit sei daher obsolet. Damit werden zwei Dinge vermengt: Die Aufhebung des Verwaltungsakts wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Erlasses zurück (*Kopp*, VwGO § 113, 5). Der Beschlagnahme ist dadurch der Boden entzogen, was auch auf die Qualifikation des Besitzverlustes als freiwillig oder nicht ausstrahlen kann. Davon ist zu unterscheiden die Folgenbeseitigung; sie beschränkt sich naturgegeben auf die Rückgabe der Sache nach Erlaß des stattgebenden Urteils, also auf eine Wirkung ex nunc, besagt aber über das ursprüngliche Abhandenkommen gar nichts.

<sup>38</sup> Für Abhandenkommen VGH Württemberg-Baden NJW 1947/48, 396, 397; *Palandt/Bassenge*, § 935, 4g; *RGRK/Pikart*, § 935, 19; *Baur*, § 52 V 2b cc; *Hübner*, Rechtsverlust S. 118; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 43; *Wedesweiler*, NJW 1949, 416; wohl auch BGHZ 4, 283, 285; dagegen BGHZ 4, 10, 37; *Westermann*, § 49 I 4, jeweils soweit kein unwiderstehlicher Zwang vorliege; ohne diese Einschränkung MünchKomm/*Quack*, § 935, 14.

<sup>39</sup> *Flume*, II § 13 11 d.

<sup>40</sup> Vgl. statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 808, 1 A; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 808, 2; *Baur/Stürner*, Rdn. 447.

<sup>41</sup> Bei der die §§ 929 ff. BGB einschließlich der §§ 932 ff. BGB gelten; vgl. nur *Stein/Jonas/Münzberg*, § 825, 13.

## b) Die Rolle normativer Kriterien

Beinahe von selbst verschiebt sich hierdurch der Akzent weg vom wenig klar umrissenen natürlichen Willen des unmittelbaren Besitzers; in den Vordergrund tritt die Zurechnung, vorwiegend anhand der Vorschriften über das Rechtsgeschäft,<sup>42</sup> aber auch – etwa im Fall des Entzugs aufgrund eines Hoheitsakts – sonstiger, hier verwaltungsrechtlicher Regeln. Die Normen gestatten es nicht nur, die Belange von Eigentümer und Erwerber sachgerecht und hinreichend präzise auszuartieren, sondern eröffnen auch eine durch das Konzept des natürlichen Willens nicht gewährleistete Palette von Antworten für die unterschiedlichen Problemfelder.

(1) Konfligierende Entschließungen des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers zu gewichten, taugen nur die Regeln des Rechtsgeschäfts. Die Wegnahme hindert etwa späteren redlichen Erwerb nicht, wenn nur der mittelbare Besitzer und Eigentümer mit ihr einverstanden war.<sup>43</sup> Der Topos, die Vertretungsmacht überwinde das Abhandenkommen,<sup>44</sup> schließt bereits in der Formulierung an einen normativ verstandenen und nicht mehr an einen natürlichen Willen an. Ebensowenig ist das Zusammenspiel von § 857 BGB und § 935 Abs. 1 BGB, das redlichen Erwerb vom Erbschaftsbesitzer verwehrt, soweit er nicht durch einen Erbschein legitimiert ist,<sup>45</sup> ohne den gesetzlich erst angeordneten Primat der Erbenstellung gegenüber dem unmittelbaren Besitzer zu erklären.

(2) Die Vorschriften über das Rechtsgeschäft erfassen unter teleologischem Aspekt die Interessenlage ungleich prägnanter als die eher diffuse Analyse des natürlichen Willens. § 935 Abs. 1 BGB bemüht sich um den Ausgleich zwischen Erwerber und Berechtigtem, ordnet das Eigentum und das Risiko zu, wenn der Verfügende in Konkurs fällt.<sup>46</sup> Diese Materie zu ordnen, Teilnehmer den damit verbundenen Gefahren auszusetzen oder sie von ihnen abzuschirmen ist Domäne der §§ 104 ff. BGB. Oft ist die Übergabe der Sache in ein Vertragsverhältnis eingebunden, sei es, daß der Eigentümer sie als Vermieter seinem Partner überläßt, sei es, daß er sich im Streckengeschäft den Weisungen seines Käufers unterwirft. Wollen primär die §§ 116 ff., 164 ff. BGB den Rahmen der Bindung abstecken, wollen die §§ 104 ff.

<sup>42</sup> Ebenso *Rebe*, AcP 173, 200, freilich unter zu enger Anlehnung an den Besitz als Rechtsscheinträger.

<sup>43</sup> *Jauernig*, § 935, 2b bb; *Palandt/Bassenge*, § 935, 2a; *MünchKomm/Quack*, § 935, 11; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 12; *K. Müller*, Rdn. 2415; *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1; a.A. *Fuld*, AcP 89, 407. – Regelmäßig wird damit eine Veräußerung durch den mittelbaren Besitzer als dem Berechtigten verbunden sein. Zum Tragen kommt die Frage des Abhandenkommens, wenn das dingliche Geschäft an einem Mangel leidet, der Verfügungsempfänger seinerseits aber weiterveräußert hat. Anders ist es selbstverständlich, wenn der unmittelbare Besitzer selbst ein dingliches Recht an der Sache hatte. Redlicher Erwerb der Lastenfreiheit scheidet aus, da die Sache dem insoweit Berechtigten abhanden gekommen war.

<sup>44</sup> Vgl. dazu schon oben § 2 I 1 a (3) mit Fn. 22.

<sup>45</sup> Vgl. nur *Staudinger/Bund*, § 857, 15; genauer unten § 11 I 1 a mit Fn. 11.

<sup>46</sup> Vgl. oben § 1 I, II.

BGB geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Personen vor nachteiligen Folgen des eigenen rechtsgeschäftlichen Handelns behüten,<sup>47</sup> so bliebe eine Interpretation, die sich mit Nichtigkeit des Vertrages begnüge, die Weiterveräußerung durch den Empfänger und die Einbuße auf seiten des Schutzbefohlenen aber tatenlos hinnähme, auf halbem Weg stehen. Dem Anliegen der §§ 104 ff. BGB kann bei einem nichtigen Vertrag und einer später folgenden Verfügung des Partners des Geschäftsunfähigen über die Sache – anders als etwa nach einer Zerstörung der Sache beim Käufer und seiner Zahlungsunfähigkeit – Rechnung getragen werden: Der Schutzzweck gebietet, dem Minderjährigen, soweit möglich, nicht die Folgen seines rechtlichen Handelns aufzubürden.

(3) Das Risikoprinzip hat, teils de lege lata, teils de lege ferenda, seit langem mit dem Vorwurf zu kämpfen, in einer arbeitsteiligen Gesellschaft sei es nicht zu umgehen, einem Dritten den Besitz einzuräumen. Daher sei die Vorstellung, stets oder auch nur regelmäßig könnten der Empfänger und seine Vertrauenswürdigkeit überprüft werden, utopisch.<sup>48</sup> Besitze der Vertragspartner ein Monopol, bleibe erfahrungsgemäß keine andere Wahl.<sup>49</sup> Soweit die Bedenken nicht ohnehin nur ein rechtspolitisches Desiderat artikulieren,<sup>50</sup> soweit sie nicht die Zurechnung anhand einer für § 935 Abs. 1 BGB wahrlich nicht einschlägigen Forderung nach Sichtbarkeit attackieren,<sup>51</sup> verengen sie jedenfalls den Blick in unzulässiger Weise. Gerade die Rechtsprechung illustriert, daß es nicht nur um unaufschiebbare Reparaturen geht, sondern im zumindest gleichen Ausmaß um die Konkurrenz zweier Sicherungsgeber, die durchaus Zeit hatten, sich der Vertrauenswürdigkeit ihres Schuldners zu vergewissern.<sup>52</sup> Und doch steckt in der Argumentation ein richtiger Kern; er spricht allerdings gerade für und nicht gegen das Risikoprinzip: Ist das Institut des redlichen Erwerbs mit den genannten Bedenken nicht wegzudiskutieren, so reali-

<sup>47</sup> Flume, II § 13 11 d; Canaris, Vertrauenshaftung S. 452 f.; ders., NJW 1964, 1988 Fn. 12; Nitschke, JuS 1968, 543; sowie zum Schutzzweck der §§ 104 ff. BGB statt aller MünchKomm/Gitter, vor § 104, 1. Denselben Gedanken findet man auch im Bereicherungsrecht; dem Minderjährigen ist das Risiko des Wegfalls des Erlangten nicht aufzubürden (so z.B. MünchKomm/Lieb, § 818, 106 als Anhänger der modifizierten Zweikonditionentheorie; Reuter/Martinek, § 17 III 3 c bb (2) = S. 606 f. als Verfechter der Saldotheorie).

<sup>48</sup> v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 215 ff.; Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 13; Brandt, Eigentumserwerb S. 266; Hübner, Rechtsverlust S. 106; Eichler, Vertrauen S. 94; v. Craushaar, Vertrauen S. 150; wohl auch Canaris, Vertrauenshaftung S. 483. – Umgekehrt ist dagegen die Stoßrichtung von Müller-Erzbach, AcP 106, 443 f.: Der Eigentümer könne sich den Partner in aller Ruhe aussuchen, während dem Erwerber an schneller Abwicklung gelegen sei; auch das ist zweifelhaft; vgl. die Kritik bei v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 216; Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 13.

<sup>49</sup> Hübner, Rechtsverlust S. 107.

<sup>50</sup> So etwa v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 223, wenn er auch bei gestohlenen Sachen monokausal den Gefahrbeherrschungsgedanken bemüht; vgl. hierzu die Kritik von Rebe, AcP 173, 201.

<sup>51</sup> So etwa Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 14; ablehnend Rebe AcP 173, 200 f., der darauf verweist, daß auch das von Zweigert, aaO. S. 14 f. favorisierte Verkehrsinteresse dem Verlangen nach Sichtbarkeit nicht standhält.

<sup>52</sup> Vgl. nur die Fälle BGH NJW 1978, 696 f.; 1979, 2037 f.

siert sich in der Gefahr, die mit der bedingten Übereignung, der Überlassung im Zuge eines Miet- oder Werkvertrages bzw. der Lieferung an einen Abnehmer des Käufers verflochten ist, ein für die Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr typisches Risiko. Es ist weder exakt zu kalkulieren noch zur Gänze zu vermeiden, geradeso wie sonstige Unsicherheiten, die aus der Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr erwachsen und für die das BGB in den §§ 104ff. Regelungen bereit hält, nicht dagegen im Deliktsrecht oder gar in jeweils konkreter Würdigung eines natürlichen Willens.

Zu diesem Zurechnungsbegriff passen auch die gesetzlich kodifizierten Fälle des Diebstahls und des Verlierens. Ungeachtet einer auch allzu großen Sorglosigkeit von seiner Seite ist der Verlust dem Eigentümer nach den Normen des Vertragsrechts nicht anzulasten. Typisches mit rechtsgeschäftlichem Handeln verbundenes Risiko hat er dadurch nicht übernommen.<sup>53</sup>

### c) Der Zeitpunkt des Besitzverlusts

Daß es nach der Gesamtkonzeption des redlichen Erwerbs nicht um die Zurechnung des Rechtsscheins des Besitzes, sondern um die Zurechnung der Besitzverschaffungsmacht gehen kann, zieht eine geringfügige Korrektur des § 935 Abs. 1 BGB nach sich. Der Wortlaut erweckt den Eindruck, als habe der Besitzverlust dem redlichen Erwerb voranzugehen. Das gibt allenfalls so lange Sinn, als man am Besitz als Rechtsscheinträger festhält; die Konzeption basiert zumindest vordergründig auf dem Auseinanderklaffen von Eigentum und Besitz. Mit dem Abschied von der überkommenen Vorstellung ist man auch der Notwendigkeit, der Besitz müsse vor der Verfügung verloren sein, enthoben. Das ist durchaus nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern hat etwa beim Streckengeschäft handfeste Konsequenzen: Obgleich hier der Erwerb bereits im Augenblick der Weggabe eintreten kann, vermag angesichts mangelnder Zurechnung das dingliche Geschäft im Valutaverhältnis zu scheitern, etwa wenn der entmündigte Verkäufer ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. Jeder andere Vorschlag führt – will er sich nicht mit einer insoweit rein ergebnisorientierten juristischen Sekunde behelfen, für deren Dauer die Sache vor der Verfügung abhanden gekommen sei – in seiner nicht abgesicherten Benachteiligung des Eigentümers zu einer nur schwer erklärlichen Diskrepanz zur Durchlieferung; dort scheitert das zweite Geschäft jedenfalls an § 935 Abs. 1 BGB.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Weswegen diese Regelung entgegen v. Lübtow, Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag S. 223 nicht gegen das Zurechnungsprinzip ins Feld geführt werden kann.

<sup>54</sup> Im übrigen stellt sich für die h.M. für diesen Fall genau dasselbe Problem; Abhandenkommen durch die Weggabe eines Geschäftsunfähigen kann sie nur bejahen, wenn sie zur These einer juristischen Sekunde Zuflucht nimmt oder sich zu Abstrichen am Wortlaut des § 935 Abs. 1 BGB bereit erklärt.

## II. Die Zurechnung anhand normativer Kriterien, insbesondere der Vorschriften über das Rechtsgeschäft

Die Normen über das Rechtsgeschäft weisen die Richtung, ersparen aber nicht die Analyse im Detail.

### 1. Die Geschäftsunfähigkeit und die beschränkte Geschäftsfähigkeit

Recht einfach fällt die Entscheidung über die Verantwortung von geschäftsunfähigen und beschränkt geschäftsfähigen Personen. Sie werden durch ihr rechtsgeschäftliches Handeln nicht gebunden; die dem Partner eingeräumte Besitzverschaffungsmacht darf sich nicht zu ihrem Nachteil auswirken. Zwar wollen manche Verfechter des Gefahrbeherrschungsgedankens statt dessen auf die §§ 827 f. BGB zurückgreifen, da es um die Verteilung von Schäden gehe.<sup>55</sup> Damit schliche sich das Verschuldensprinzip, das dem § 935 Abs. 1 BGB nicht gerecht wird,<sup>56</sup> durch die Hintertür wieder ein. Die §§ 932 ff. BGB sind nicht darauf gerichtet, Schäden zu verteilen, die aus der Teilnahme am allgemeinen sozialen Leben resultieren, sondern wollen das Risiko des rechtsgeschäftlichen Handelns zuweisen; das ist Domäne der §§ 104 ff. BGB und nicht der §§ 827 f. BGB.<sup>57</sup> Den Minderjährigen von den Folgen rechtsgeschäftlichen Handelns zu entlasten ist durchaus sachgerecht, wie § 179 Abs. 3 S. 2 BGB verdeutlicht, der den beschränkt Geschäftsfähigen unabhängig von seiner Verschuldensfähigkeit von jeder Haftung, auch dem Ausgleich von Schäden freistellt.<sup>58</sup>

### 2. Die Regeln der §§ 116 ff., 154 f. BGB

Verwickelter ist es um die §§ 116 ff., 154 f. BGB bestellt.

#### a) Die Rolle des Adressatenkreises

Im Anwendungsbereich der Rechtsscheinhaftung will *Canaris* die Vorschriften generell ausblenden, sofern durch die Schaffung des Scheintatbestandes eine unbe-

<sup>55</sup> *Hübner*, Rechtsverlust S. 115 auch auf der Basis einer rechtspolitischen Kritik der Regelung über die fehlende und beschränkte Geschäftsfähigkeit; S. 117 unter Prüfung der natürlichen Reife des Willens; von Schadensrisiko spricht auch *Müller-Erzbach*, AcP 106, 443; von Schadenstragung und Risiko *Brandt*, Eigentumserwerb S. 261 ff.

<sup>56</sup> Vgl. oben § 9 I 2.

<sup>57</sup> Daran ändert auch der Hinweis von *Hübner*, Rechtsverlust S. 115 Fn. 116 nichts, die §§ 827 f. BGB fänden über § 276 Abs. 1 S. 3 BGB auch Anwendung für bestehende Schuldverhältnisse. Das beschreibt ein zusätzliches Erfordernis, verdrängt die §§ 104 ff. BGB nicht. Die zu vertretende Unmöglichkeit der Hauptleistungspflicht setzt deren Existenz voraus, die sich wiederum nach den §§ 104 ff. BGB bestimmt. Auch bei Verletzung von Schutzpflichten ist nicht nur die Verschuldensfähigkeit nach §§ 827 f. BGB zu prüfen, sondern dem Zweck der §§ 104 ff. BGB Rechnung zu tragen, der die Ersatzpflicht des Minderjährigen über das Deliktsrecht hinaus verbietet (vgl. z. B. *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 203; *Canaris*, JZ 1965, 482).

<sup>58</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 452 f.

stimmte Vielzahl von Personen als Adressaten betroffen seien.<sup>59</sup> Obgleich der Partner des Nichtberechtigten meist aus einem nicht von vornherein umschriebenen Kreis von Verkehrsteilnehmern stammt,<sup>60</sup> würde eine geradlinige Transponierung dieser Regeln auf § 935 Abs. 1 BGB die Interessen des Eigentümers nicht hinlänglich einkalkulieren, man denke an eine unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung mit dem Diebstahl durchaus gleich zu gewichtende Weggabe aufgrund einer Bedrohung.

## b) Die Wirkung der Normen

Angesichts der heterogenen Regelungsmaterie der §§ 116 ff., 154 f. BGB bedarf es einer nach den einzelnen Vorschriften differenzierenden Antwort.

(1) Von geringer Tragweite ist regelmäßig der geheime Vorbehalt, ebenso der Dissens nach den § 154 f. BGB. Beide Male ist die Zurechnung des Handelns unproblematisch. § 116 S. 1 BGB zieht die Konsequenz aus dem Prinzip der Selbstverantwortung und daraus abgeleitet der Erklärungstreue,<sup>61</sup> dem die §§ 116 S. 2, 117 BGB nur eine Ausnahme für die vom Gegner erkannte oder gar gebilligte Mentalreservation entgegensetzen. Doch auch die §§ 154 f. BGB sind nicht das Resultat mangelnder Selbstverantwortung, sondern fehlender Kongruenz der Willenserklärungen. Das Risiko hat der Eigentümer jeweils bewußt übernommen, ohne daß seinem Entschluß auch nur ein Willensmangel zugrunde lag.

(2) Fehler, derentwegen das BGB die Lösung von der Erklärung erlaubt, sind dem Eigentümer dagegen unterlaufen, soweit die §§ 119 f. BGB tangiert sind. Die Einsicht, daß auch im Fall des § 854 Abs. 2 BGB zwar die Willenserklärung selbst, nicht aber die Besitzaufgabe als solche anfechtbar sei,<sup>62</sup> mag passen, solange man sie auf die Anfechtung einer Erklärung beschränkt, besagt aber für sich allein genommen nicht, daß Willensmängel nicht die Zurechnung ausschließen könnten. So soll denn auch, gemessen am natürlichen Willen, die Sache abhanden gekommen sein, wenn sich der Eigentümer vergriffen hatte und daher ein anderes als das geplante Gut weggab,<sup>63</sup> während ihm die Auslieferung an einen falschen Adressaten anzulasten sein soll.<sup>64</sup>

Präziser als solche mehr intuitiven Vorschläge ist es, die §§ 119 f. BGB in den § 935 Abs. 1 BGB einzubinden, was aber entgegen dem ersten Anschein noch kei-

<sup>59</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 36 f., 82, 125, 455.

<sup>60</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 454 Fn. 10.

<sup>61</sup> Vgl. statt aller *MünchKomm/Kramer*, § 116, 2 mwN.

<sup>62</sup> *Planck/Brodmann*, § 854, 3 a: *Baur*, § 7 B II 2 b cc; § 52 V 2 b bb; *Westermann*, § 13 III 2; § 49 I 3; *Joost*, Gedächtnisschrift für Schultz S. 179; *Hoche*, JuS 1961, 79; im Ergebnis so auch die ganz h. M., da sie jedenfalls § 935 Abs. 1 BGB verneint; vgl. die Nachw. in Fn. 33; vgl. aber auch die Nachw. in Fn. 65.

<sup>63</sup> *Hoche*, JuS 1961, 79; *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 19; *Düringer/Hachenburg/Breit*, vor §§ 366 f., 39, der aber – kaum systemgerecht – den Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache anders wertet.

<sup>64</sup> *Hoche*, JuS 1961, 79; *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 19.

neswegs dazu führt, daß die Zurechnung unterbrochen wird.<sup>65</sup> Der Eigentümer ist nicht von jeder Verantwortung entbunden; vielmehr verpflichtet § 122 Abs. 1 BGB zum Ersatz des negativen Interesses – eine Norm, die konsequenterweise zu berücksichtigen ist, wenn man vorher die Wertung der §§ 119f. BGB dienstbar macht. Eine Schadensersatzpflicht, die spätestens dann zum Tragen käme, wenn der als Nichtberechtigter Verfügende insolvent ist und daher auf den Anfechtenden zurückgegriffen werden darf, liefe indes im Ergebnis auf ein Lösungsrecht hinaus. Daß der Gesetzgeber ihm eine Absage erteilt hat, darf als gesichert gelten.<sup>66</sup> Um diese Wertung nicht zu unterlaufen, sind Irrtümer auch dann folgenlos, wenn sie nach dem Rechtsgedanken der §§ 119f. BGB in Betracht zu ziehen wären.<sup>67</sup> Während nämlich die Willenserklärung im Regelfall zwar durch Anfechtung vernichtet werden kann, die Schadensersatzpflicht des Irrrenden jedoch das negative Interesse seines Partners kompensiert, ist eine modifizierende Lösung der Zurechnung durch die spezifische Regelung der §§ 932 ff. BGB versperrt, die das Sach- und das Insolvenzrisiko miteinander verflochten hat.

Diese Zusammenhänge vernachlässigt die überwiegende Ansicht, wenn sie eine Sache als abhanden gekommen einstuft, die der Besitzdiener verwechselt hatte.<sup>68</sup> Zwar liegt die Analogie zu § 120 BGB nahe,<sup>69</sup> jedoch darf die daran geknüpfte Einstandspflicht des § 122 Abs. 1 BGB nicht außer acht gelassen werden. Verbietet sich eine differenzierende Antwort, so gibt die gesetzliche Wertung den Ausschlag, die sich auf Zurechnung festgelegt hat. Vom Ergebnis her richtig, obgleich im eigenen System inkonsequent, verneint die h. M. das Abhandenkommen, wenn die Sache vom Besitzdiener versehentlich an den falschen Adressaten geliefert wurde.<sup>70</sup>

(3) *Sedes materiae* der Zurechnung der Besitzverschaffungsmacht nach vorangegangener arglistiger Täuschung und Drohung ist § 123 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Anfechtbarkeit aufgrund der arglistigen Täuschung – aber nur sie – ist ausgeschlossen, wenn der Täuschende nicht auf seiten des Erwerbers steht,<sup>71</sup> während in den übrigen Fällen dem Betrogenen das Risiko überbürdet wird. Unter diesem Gesichtspunkt

<sup>65</sup> So etwa noch *Zitelmann*, JherJb 70, 23 ff.; *Aravantinos*, JherJb 48, 177 ff.

<sup>66</sup> Vgl. oben § 1 I mit Fn. 12.

<sup>67</sup> *Hübner*, Rechtsverlust S. 112; ähnlich wohl *Heck*, Sachenrecht § 60, 5.

<sup>68</sup> RG JW 1909, 105 f.; zustimmend *Palandt/Bassenge*, § 935, 3 a; *Soergel/Mühl*, § 935, 7; *Hoche*, JuS 1961, 79, der aber bei einem Irrtum darüber, diese (und nicht die wirklich betroffene) Sache sei verkauft, anders entscheidet, wenn der Besitzdiener keine spezielle Weisung, sondern nur eine allgemeine Ermächtigung zur Veräußerung hatte; *Planck/Brodmann*, § 935, 3, soweit er nicht zur selbständigen Auswahl bestimmt sei; a. A. *Westermann*, § 49 I 6; *Staudinger/Berg*<sup>II</sup>, § 935, 9.

<sup>69</sup> *Westermann*, § 49 I 6.

<sup>70</sup> *Planck/Brodmann*, § 935, 3; *Westermann*, § 49 I 6; *Hoche*, JuS 1961, 79. – Erst wenn der Besitzdiener bewußt den ihm gezogenen Rahmen überschreitet, kommt es dagegen auf die Frage an, ob die Sache abhanden gekommen ist. Die Regeln der Botenmacht weichen dann – wie stets – denen der Stellvertretung.

<sup>71</sup> Die Formulierungen schwanken, ohne daß es für den hier interessierenden Kontext einer endgültigen Klärung bedürfte; wie im Text etwa *Palandt/Heinrichs*, § 123, 2 f. bb.



sind die Sachverhalte, in denen der Eigentümer durch eine arglistige Täuschung zur direkten Lieferung motiviert wurde,<sup>72</sup> von der Rechtsprechung im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, richtig entschieden.<sup>73</sup> Ebensowenig kommt es auf die Einbindung des Täuschenden ins Unternehmen des Berechtigten an,<sup>74</sup> sondern darauf, ob er dem Geschäftsbereich des Erwerbers zuzurechnen ist. Die Anfechtung aufgrund einer rechtswidrigen Drohung kennt solche Barrieren nicht, vor allem nicht eine wenig triftige Divergenz zwischen einer „einfachen“ Drohung und unwiderstehlicher Gewalt.<sup>75</sup>

### 3. Die Regeln der Stellvertretung

Die §§ 164 ff. BGB beschäftigen sich mit der Frage, unter welchen Umständen das Verhalten Dritter für und gegen den Geschäftsherrn wirkt.

#### a) Die Konflikte zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer

Indem § 935 Abs. 1 S. 2 BGB die Person des unmittelbaren Besitzers hervorkehrt, verbindet er das Abhandenkommen mit seinem Entschluß, ohne daß daran pflichtwidriges Handeln in der Beziehung zum mittelbaren Besitzer etwas zu ändern imstande wäre. Das könnte noch auf einen Vorrang des natürlichen Willens deuten, also die h.M. bestätigen, obgleich sich die Norm ebenso gut, wenn nicht exakter, als Zurechnungsmaxime begreifen läßt, die die Konsequenzen des Handelns des unmittelbaren Besitzers ähnlich einer gesetzlich umrissenen Vollmacht dem Eigentümer überbürdet, sofern er nur dem unmittelbaren Besitzer die tatsächliche Gewalt eingeräumt hatte.

Die Affinität zu den §§ 164 ff. BGB wird spätestens deutlich, die Stellvertretungsregeln zeichnen sich als unentbehrlich ab, wenn es gilt, Kollisionen aufzulösen. Die §§ 164 ff. BGB entflechten – wie schon gezeigt – den Konflikt zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer; willigt dieser ein, unterbricht auch das Sträuben des unmittelbaren Besitzers gegen die Wegnahme die Zurechnung nicht.<sup>76</sup>

Ein weiteres Mal bewähren sich die Regeln der Stellvertretung, wenn der Wille durch Irrtum, eine arglistige Täuschung oder eine Drohung verfälscht wurde. Irrtümer bei einer Einzelweisung an einen Bevollmächtigten werden in analoger Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB an der Person des Vollmachtgebers gemessen.<sup>77</sup> Das

---

<sup>72</sup> Vgl. oben § 7 V 1 c insbes. (4).

<sup>73</sup> Vgl. oben § 7 V 1 c (1) mit Fn. 343.

<sup>74</sup> So indes in der Tendenz v. *Olshausen*, JZ 1975, 32, dessen Modell des Rechtsscheinträgers aber nicht überzeugt; jede Zurechnung leugnet *Pawłowski*, Rechtsbesitz S. 28.

<sup>75</sup> So jedoch die h.M.; vgl. die Nachw. in Fn. 33 und 35; anders Teile der Literatur, die den Eigentümer nach jeder Drohung schützen, freilich unter der Berufung auf den natürlichen Willen; vgl. die Nachw. in Fn. 34.

<sup>76</sup> Vgl. oben § 9 I 3 b (1).

<sup>77</sup> Vgl. z.B. BGHZ 51, 141, 145 ff. für eine arglistige Täuschung; für alle Fälle des Irrtums etwa OLG Braunschweig OLGZ 1975, 441, 442; *Jauernig*, § 166, 2 b bb; *Palandt/Heinrichs*, § 166, 4 c; *Erman/Brox*, § 166, 14; MünchKomm/Thiele, § 166, 41; *Medicus*, AT Rdn. 899,

strahlt auf § 935 Abs. 1 BGB aus; eine durch Gewalt ertrotzte Direktive wird dem Berechtigten nicht angelastet. Es kann schließlich keinen Unterschied machen, ob er selbst zur Herausgabe gezwungen wird oder unter Druck seinem Besitzmittler den Auftrag gibt, die Sache einem Dritten zu überlassen. Der Vergleich macht auch die unabweisbaren Einschränkungen augenfällig. Bei Handeln des Eigentümers selbst gelten restriktive Prinzipien; Rechnung zu tragen ist nur einer rechtswidrigen Drohung und der arglistigen Täuschung, die nicht von Dritten iS. des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB verübt waren.<sup>78</sup> § 166 Abs. 2 BGB in analoger Anwendung kann den Kreis der Willensmängel nicht erweitern, derentwegen die Weisung dem Eigentümer letztendlich nicht zur Last fällt.

Rechtsgeschäftliche Normen schränken den Vorrang wieder ein, den der Wille des mittelbaren Besitzers beanspruchen darf. Paradefall ist das Konkursrecht. Sobald der Konkursverwalter die Masse in Besitz genommen hat, scheitert redlicher Ersterwerb an den §§ 6f. KO, jede weitere Verfügung an § 935 Abs. 1 BGB,<sup>79</sup> mag auch der mittelbar besitzende Eigentümer der Weggabe schon dadurch zugestimmt haben, daß er die Sache selbst veräußerte. Der natürliche Wille führt erneut in die Irre, nicht zuletzt deswegen, weil erst Normen aufdecken, wessen Wunsch denn den Ausschlag gibt.

#### b) Die Zurechnung der Verfügung eines Vertreters im eigenen Namen

Auf vergleichbare Art dienen die §§ 164 ff. BGB als Richtschnur, wenn ein Vertreter im Rahmen seiner – oft gesetzlich fixierten – Vollmacht in einer Weise tätig wird, die dem Eigentümer – handelte ein beliebiger Dritter – nicht anzulasten wäre. Beispiel ist die Veräußerung einer dem Prinzipal gehörenden Sache durch einen Prokuristen, der mittels verbotener Eigenmacht den Besitz erlangt hatte.

Mißverständnissen leistet allerdings das Schlagwort Vorschub, die Vertretungsmacht überwinde das Abhandenkommen, selbst wenn man es mit Blick auf die Zurechnungsfrage statt am Besitz an der Besitzverschaffungsmacht ausrichten würde; damit werden streng zu trennende Fallgestaltungen vermengt. Die von einer ausdrücklich erteilten oder gesetzlich umgrenzten Vertretungsmacht bzw. den Regeln der Scheinvollmacht gedeckte Willenserklärung des Dritten in fremdem Namen

---

902; Brox, AT Rdn. 528; Pawlowski, AT Rdn. 779; ähnlich RGRK/Steffen, § 166, 22 a.E., soweit der Irrtum Geschäftsgrundlage der Weisung war; beschränkt auf die Fälle des § 123 BGB Soergel/Leptien, § 166, 32; Larenz, AT § 30 II c; ablehnend Flume, II § 52 5f; Schilken, Wissenszurechnung S. 44 ff., der den Geschäftsherrn durch Anfechtung der Vollmacht schützen will. Soweit die Anfechtung möglich ist, unterbricht sie die Zurechnung und erzielt mit den hier vertretenen Ergebnissen identische Resultate.

<sup>78</sup> Vgl. oben § 9 II 2 b.

<sup>79</sup> Palandt/Bassenge<sup>46</sup>, § 935, 4 d; Jaeger/Henckel, KO § 7, 70; a. A. Kuhn/Uhlenbruck, § 7, 16 a. E., der § 935 BGB nicht erörtert; Henrichs, Wechselwerber S. 202 Fn. 19 ohne Begründung. – War die Sache schon – wenn auch unwirksam – vor Inbesitznahme durch den Konkursverwalter veräußert, so ist redlicher Erwerb aufgrund einer Verfügung des Empfängers wieder möglich; insoweit ist dessen Besitzverschaffungsmacht dem Konkursverwalter zuzurechnen.

bindet den Geschäftsherrn als Vertragspartner; eine Untersuchung, ob die Sache abhanden gekommen sei, ist von vornherein fehl am Platz: Entweder ist die von der (Schein-)Vollmacht gezogene Grenze beachtet, dann verfügt der Berechtigte; wo der Rahmen überschritten ist, kommt schon kein den Eigentümer bindender Vertrag zustande.<sup>80</sup>

Bedeutung erlangt der Topos erst bei Veräußerungen des Vertreters im eigenen Namen; er gilt dort mit gutem Grund. Zur wirksamen Verfügung als Vertreter des Berechtigten ist der Prokurist in der Lage, auch wenn er die Sache durch einen Diebstahl an sich gebracht hatte. Davon hebt sich eine Veräußerung im eigenen Namen nicht signifikant ab, das Verhalten des Vertreters wird nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Geschäftsherrn überbürdet.<sup>81</sup> Wer die Aktion eines Dritten gegen sich gelten lassen muß, kann dies nach verbotener Eigenmacht des Vertreters nicht mit Hinweis auf seinen natürlichen Willen ableugnen, soweit nur das Geschäft selbst, falls im Namen des Vertretenen abgeschlossen, noch von der Vollmacht gedeckt gewesen wäre.

#### c) Die Zurechnung der Verfügung eines Organs im eigenen Namen

Das Fundament der Zurechnung des Organhandelns im Gesellschaftsrecht<sup>82</sup> ist damit gelegt.

(1) Die juristische Person übt nach fast einhelliger Überzeugung den Besitz selbst aus.<sup>83</sup> Dazu bedient sie sich der Organe, ohne daß diese notwendig Besitzmittler oder Besitzdiener wären<sup>84</sup> oder gar selbst besäßen; ihre Sachherrschaft wird der

<sup>80</sup> Vgl. schon oben § 2 I 1 a (3) mit Fn. 22. Deshalb ist der Ansatz von BGHZ 57, 166, 169 (ihm folgend *Jauernig*, § 932, 2 b ff.; *Palandt/Bassenge*, § 935, 3 d iVm. § 854, 5 b; *Erman/A. Schmidt*, § 935, 6; *Westermann*, Handbuch der Personengesellschaften I Rdn. 336) nicht korrekt, da das Gericht in einem Fall, in dem der Berechtigte – wirksam vertreten durch mehrere, aber nicht alle Organmitglieder – verfügt, glaubt, Abhandenkommen prüfen zu müssen. – § 179 Abs. 1 BGB ist auf den Verpflichtungsvertrag zugeschnitten und kommt insoweit nicht in Frage; zudem wäre der Erwerber, der ja mit dem Geschäftsherrn kontrahieren will, unredlich, was den Erwerb vom Vertreter angeht.

<sup>81</sup> So für die Parallelproblematik bei juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften *Flume*, I 1 § 6 III = S. 82 f., der aber – wenig hilfreich – davon spricht, das Organ sei bei der Besitzaufgabe für die Gesellschaft bzw. juristische Person tätig; in Wirklichkeit handelt das Organ für sich, sein Verhalten wird aber der Gesellschaft bzw. juristischen Person iS. des § 935 Abs. 1 BGB zugerechnet; vgl. ferner *Westermann*, § 49 I 7.

<sup>82</sup> Allgemein zur organschaftlichen Vertretung vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 II 1 = S. 201 f.

<sup>83</sup> RGZ 44, 303, 306; BGHZ 56, 73, 77; 57, 166, 167; BGH WM 1958, 557, 561; 1971, 589, 592; LM Nr. 1 zu Art. 11 bay LKRö Bl. 1; *Jauernig*, § 854, 3; *Palandt/Bassenge*, § 854, 5 b; *Erman/Werner*, § 854, 6; *AK/Dubischar*, § 854, 3; *Soergel/Mühl*, § 854, 11; *MünchKomm/Joost*, § 854, 32; *MünchKomm/Reuter*, § 26, 11; *RGRK/Kregel*, § 854, 19; *Staudinger/Bund*, § 854, 45; *Baur*, § 7 C I 3; *Westermann*, § 20 II 2 mwN.; *Wolff/Raiser*, § 5 I mwN. zur früheren Literatur; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 III 2 a = S. 212 f.; *Steindorff*, Festgabe für Kronstein S. 153; *Huber*, Vermögensanteil S. 111 f.; *Flick*, Besitz S. 122 f.; abwägend *Heck*, Sachenrecht § 18 V 1; a. A. *E. Wolf*, Sachenrecht § 2 A II b a. E. = S. 47.

<sup>84</sup> Stets für Besitzdienerstellung der Organe indes noch Teile der Lehre; vgl. etwa *Heck*,

juristischen Person zugerechnet.<sup>85</sup> Die Erkenntnis, die juristische Person bilde den Besitzwillen durch ihr Organ,<sup>86</sup> könnte in den gedanklichen Bahnen der h. M. zwar illustrieren, warum die Sache, über die etwa der einzige Geschäftsführer einer GmbH im eigenen Namen verfügt, nicht abhanden gekommen ist. Der natürliche, durch das Organ bestimmte Wille der juristischen Person ist nicht beeinträchtigt. Erklärungsschwierigkeiten sind für die Verfechter des natürlichen Willens dagegen vorprogrammiert, sobald eines von mehreren mit Einzelvertretungsmacht ausgestatteten Organmitgliedern seine Stellung mißbraucht, die übrigen davon nichts wissen oder ihr Einverständnis gar ausdrücklich verweigert haben. Um erklären zu können, warum die Sache nicht abhanden gekommen sei,<sup>87</sup> obgleich sich das Organmitglied durch die Übereignung im eigenen Namen über den impliziten oder expliziten Willen seiner Kollegen hinweggesetzt hat, muß man zwei Prämissen unterstellen. Zum einen wird ungeachtet des Streits zwischen der Organ- und der Vertretertheorie<sup>88</sup> das Handeln des Organs der juristischen Person zugerechnet, wobei die §§ 164 ff. BGB zumindest entsprechend zum Zuge kommen dürften<sup>89</sup> und die §§ 26 Abs. 2 S. 1 BGB, 35 GmbHG, 78 AktG den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht abstecken. Zum anderen beschränkt sich der Wirkbereich der Vorschriften nicht auf Tätigkeiten im rechtsgeschäftlichen Feld, sie präzisieren darüber hinaus § 935 Abs. 1 BGB.<sup>90</sup> Die von organschaftlicher Vertretungsmacht gedeckte Vorge-

---

Sachenrecht § 18 V 1 mw.N.; *Ballerstedt*, JuS 1965, 276 mit Fn. 18; *Schwerdtner*, JR 1972, 116; ferner die bei *Wolff/Raiser*, § 5 I Fn. 1 nachgewiesene ältere Literatur.

<sup>85</sup> Vgl. z.B. BGH WM 1958, 557, 561; 1971, 589, 592; BGH LM Nr. 1 zu Art. 11 bay LKrO; *Jauernig*, § 854, 3; *Palandt/Bassenge*, § 854, 5b; *Soergel/Mühl*, § 854, 11; Münch-Komm/Reuter, § 26, 11; RGRK/Kregel, § 854, 19; *Baur*, § 7 C I 3; *Westermann*, § 20 II 2b; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 III 1b = S. 212; *Huber*, Vermögensanteil S. 111 f.

<sup>86</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 III 1b = S. 212; ähnlich auch *Zöllner*, in Baumbach/Hueck GmbHG § 35, 36.

<sup>87</sup> So *Erman/A. Schmidt*, § 935, 6; *Flume*, I 1 § 6 III = S. 82 f.; auch *Westermann*, § 49 I 7, der bei Sachgewalt des Organs wie bei Vertretungsmacht Abhandenkommen verneint. Vgl. auch die Nachw. in Fn. 80; die dort zitierte Rechtsprechung und Literatur kommt, wenngleich unter falschen dogmatischen Vorzeichen, zum selben Ergebnis. Abweichender Ansicht waren noch *Staudinger/Kober/Seufert*<sup>11</sup>, § 854, 26; *Flick*, Besitz S. 126 ff., da das Organ dann nicht in „amtlicher Eigenschaft“ tätig geworden sei. Das Argument trägt jedoch nicht, wie der Vergleich mit einer pflichtwidrig überschrittenen Organvertretungsmacht zeigt, bei der das Handeln des Organs der juristischen Person durchaus zugerechnet wird, soweit nicht (hier angesichts der Redlichkeit des Erwerbers nicht einschlägige) Grundsätze des dem Geschäftsgegner erkennbaren Mißbrauchs der Vertretungsmacht tangiert werden; so entscheidet *Flick*, Besitz S. 74 ff. auch für die OHG genau umgekehrt.

<sup>88</sup> Vgl. zu diesem etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 I 2 = S. 197 ff.

<sup>89</sup> So die h. M.; vgl. etwa für die Gesamtregelung *Staudinger/Coing*, § 31, 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 II 1 = S. 202; *Soergel/Hadding*, § 26, 11; ohne Rekurs auf diese Normen und ohne detaillierte Bestimmung einer Zurechnungsnorm etwa MünchKomm/Reuter, § 26, 11; für einzelne Vorschriften *Staudinger/Dilcher*, § 177, 3 (für § 177 BGB); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I § 4 II 3 a = S. 214 (für den Mißbrauch der Vertretungsmacht); *Zöllner*, in Baumbach/Hueck GmbHG § 36, 3 (für die §§ 177 ff. BGB); § 36, 5 (für § 164 Abs. 2 BGB); *Müller*, AcP 168, 147 ff. (für § 179 BGB).

<sup>90</sup> Vgl. etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 III 2 a = S. 213 (Beispiel 16): Wenn das

hensweise des Organs wird dem Verband trotz des abweichenden Willens der anderen Mitglieder angelastet.

Nicht nur bei Alleinvertretungsmacht des Verfügenden ist seine Besitzverschaffungsmacht der juristischen Person zuzurechnen. Einem Gesamtvertreter mag es etwa – auch durch eine Täuschung – gelingen, seinen Kollegen die Zustimmung zur Übergabe an den Partner abzulisten; Abhandenkommen ist damit jedenfalls ausgeschlossen.

Die besitzrechtlichen Regeln könnten es nahelegen, nicht nur die Notwendigkeit, sondern auch die Möglichkeit zu leugnen, daß die Organe (alleinige) unmittelbare Besitzer oder Besitzzdiener seien.<sup>91</sup> Schwer faßliche Resultate wären der Preis. So könnte ein Angestellter einer juristischen Person den Besitz mitteln mit der Folge, daß sie nach einer Verfügung an einen redlichen Dritten die Sache verlöre, während dieselbe Gestaltung bei äußerlich gleichen Umständen bei Handeln eines Organmitglieds definitionsgemäß gesperrt wäre: Der Geschäftsführer einer GmbH hätte ohne Differenzierungsmöglichkeit zusammen mit den anderen Geschäftsführern nur Mitbesitz, die Sache wäre abhanden gekommen, wenn er im eigenen Namen darüber verfügt hatte, eine Korrektur über die Vertretungsmacht angesichts der Gesamtvertretungsmacht aller Geschäftsführer ausgeschlossen. Um dem vorzubeugen, lassen sich Besitzmittlung und Besitzzdienerschaft eines Organmitglieds nicht als von vornherein unzulässig ausschließen.<sup>92</sup>

(2) In Gesamthandsgesellschaften kann jeder Gesellschafter Alleinbesitzer konkreter Sachen sein und bleiben,<sup>93</sup> einzelnen kann der Besitz verweigert werden – etwa solchen, die mit Geschäftsführung und Vertretung nichts zu tun haben.<sup>94</sup> Darüber, wie der Besitz an der eingebrachten Sache strukturiert ist, wird seit langem hartnäckig und kontrovers debattiert. Für die wohl h. M., die – mit Abweichungen im Detail – der Gesamthand den Besitz zuspricht,<sup>95</sup> laufen die Zurechnungsfragen

---

Organ, das sich, ohne hierzu berechtigt zu sein, willkürlich zum Eigenbesitzer macht, die Sache veräußert, ist Abhandenkommen anzunehmen; der Verband verliert unmittelbaren Eigenbesitz durch ein Verhalten, das ihm nicht zuzurechnen ist; ebenso im Ergebnis *Palandt/Bassenge*, § 935, 3 d iVm. § 854, 5 b und *Westermann*, § 49 I 7. – Der h. M., die die Anwendung der §§ 164 ff. BGB auf das Besitzrecht ablehnt (*Palandt/Bassenge*, § 854, 5 b; *MünchKommJoost*, § 854, 27; *Staudinger/Bund*, § 854, 41; *Westermann*, § 20 II 2 b jeweils mwN.), mag für die Besitzbegründung zu folgen sein, nicht dagegen für die inhaltliche Ausgestaltung.

<sup>91</sup> So wohl *Westermann*, § 20 II 2; a. A. *RGRK/Kregel*, § 854, 19; vgl. zur entsprechenden Frage bei der Gesamthandsgesellschaft die Nachw. in Fn. 93.

<sup>92</sup> Soweit das Organ Besitzmittler ist, folgt das schon aus dem Wortlaut des § 935 Abs. 1 S. 2 BGB; zum Problem des Besitzzdieners vgl. unten § 9 II 5.

<sup>93</sup> Vgl. nur *Staudinger/Bund*, § 866, 11; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 60 II 3 = S. 1338; *Steindorff*, Festgabe für Kronstein S. 153, 168; *Ballerstedt*, JuS 1965, 276. – In diesen Fällen ist sein – nach den Maßstäben der §§ 104 ff. BGB gewichteter – Wille für § 935 Abs. 1 BGB ausschlaggebend.

<sup>94</sup> Vgl. nur BGHZ 57, 166, 168 für die Besitzerstellung des Kommanditisten; ferner *Steindorff*, Festgabe für Kronstein S. 153.

<sup>95</sup> So für die OHG und KG etwa BGHZ 86, 300, 307; 86, 340, 344; BGH WM 1967, 938; OLG Celle NJW 1957, 27; LG und OLG Stuttgart, berichtet von *Steindorff*, Festgabe für

denen bei der juristischen Person parallel. Doch auch ihre Gegner dürfen nicht anders votieren. Die These des Mitbesitzes der Gesellschafter<sup>96</sup> – einerlei ob man von schlichtem Mitbesitz, gesamthänderischem Mitbesitz oder Mitbesitz zur gesamten Hand sprechen will<sup>97</sup> – hat die Einzelvertretungsmacht des Handelnden gleichermaßen in Rechnung zu stellen. Diese überbrückt den abweichenden Willen anderer Vertreter.<sup>98</sup> Nicht nur eine Verfügung im Namen der Gesellschaft hat Bestand, sondern auch eine im eigenen Namen ausgesprochene Übertragung. § 935 Abs. 1 BGB schützt die Gesamthand nicht;<sup>99</sup> die Verletzung interner Pflichten

---

Kronstein S. 151f.; *Jauernig*, § 854, 3b; *MünchKomm/Joost*, § 854, 38; *Staudinger/Bund*, § 866, 13; *GroßKomm/Ulmer*<sup>4</sup>, § 105, 296; *Heymann/Emmerich*, § 124, 6; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 124, 1 E; *Schlegelberger/Gefßler*<sup>4</sup>, § 124, 4; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 III 3a = S. 214; *Hueck*, OHG § 19 II = S. 272; *Flume*, I 1 § 6 I = S. 75; § 6 II = S. 79; *Westermann*, Handbuch der Personengesellschaften I Rdn. 336; *Schünemann*, Gesamthandsgesellschaft S. 269f., 271; der Tendenz nach auch *Baur*, § 7 D II 1b; offengelassen von BGHZ 57, 166, 168; differenzierend *Ballerstedt*, JuS 1965, 277, der für § 935 BGB die Verfügung (wohl) unmittelbar der OHG zurechnet; a. A. *Palandt/Bassenge*, § 854, 6c; *Erman/Werner*, § 854, 6; *Wolff/Raiser*, § 9 II 2; *Steindorff*, Festgabe für Kronstein S. 153; *Huber*, Vermögensanteil S. 112; *Lange/Scheyhing*, Fälle zum Sachenrecht S. 10; *Flick*, Besitz S. 59ff.; wohl auch RG DR 1924 Nr. 1683; für die BGB-Gesellschaft (Gesamthandsbesitz) *MünchKomm/Ulmer*, § 718, 26; *Soergel/Hadding*, § 718, 18; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 10 III 3b = S. 215f.; § 60 II 3 = S. 1337f.; *Flume*, I 1 § 6 I = S. 75; § 6 II = S. 79ff.; *Schünemann*, Gesamthandsgesellschaft S. 269f., 271; die überwiegende Meinung entscheidet hier anders; vgl. dazu die Nachw. in Fn. 96.

<sup>96</sup> So für die BGB-Gesellschaft RG JR 1927 Nr. 802; BGHZ 86, 300, 307; 86, 340, 341; BGH WM 1964, 788; *Palandt/Bassenge*, § 854, 6b; *Erman/Werner*, § 854, 6; *AK/Dubischar*, § 854, 3; *Soergel/Mühl*, § 866, 2; *MünchKomm/Joost*, § 854, 41; *RGRK/Kregel*, § 866, 8; *Staudinger/Bund*, § 866, 11; *Baur*, § 7 D II 1b; *Wolff/Raiser*, § 9 II 2; *Huber*, Vermögensanteil S. 112; *Steindorff*, Festgabe für Kronstein S. 154ff.; *Damrau*, JR 1983, 290; *Festge/Seibert*, BB 1983, 1821f.; *Kuchinke*, Festschrift für Paulick S. 53f. (mit der Besonderheit, daß die Gesellschaft selbst unmittelbare Besitzerin sein soll); unklar BGH WM 1963, 560, 561: Die Gesellschaft, also die Gesellschafter als Gesamthand, habe Gesamthandsbesitz (von BGHZ 86, 300, 307 und 86, 340, 344 als Beleg für seine Ansicht zitiert); in BGH WM 1985, 1433, 1434 ist wiederum vom Besitz der Gesellschaft als Bestandteil ihres Vermögens die Rede.

<sup>97</sup> Mit diesen drei Begriffen sind zwei Bedeutungsebenen thematisiert. Schlichter und gesamthänderischer Mitbesitz betrachten die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit, die im ersten Fall jedem einzelnen, im zweiten nur allen gemeinsam offensteht (vgl. *MünchKomm/Joost*, § 854, 42; sowie schon *Wolff*, JherJb 44, 159f.). Der Terminus „Mitbesitz zur gesamten Hand“ verläßt die rein deskriptive Ebene und überlagert sie durch normative Kriterien (signifikant *Steindorff*, Festgabe für Kronstein S. 157f.; *Kuchinke*, Festschrift für Paulick S. 53f.). Verbotene Eigenmacht hindert etwa eine Veräußerung nicht, wenn sie von der Vertretungsmacht gedeckt ist (*Steindorff*, aaO.). Die Vermengung der beiden Explikationsansätze hat einen Gutteil der Kontroverse provoziert (vgl. dazu auch *Flick*, Besitz S. 74ff.).

<sup>98</sup> *Steindorff*, Festgabe für Kronstein S. 157f. sieht darin gerade ein Spezifikum des von ihm so genannten Mitbesitzes zur gesamten Hand; die tatsächliche Innehabung werde durch gesellschaftsrechtliche Vorschriften überformt. Damit ist der Primat des natürlichen Willens jedenfalls im Kontext des Gesellschaftsrechts aufgegeben.

<sup>99</sup> *Palandt/Bassenge*, § 854, 6c (für OHG und KG); unklar *ders.*, § 854, 6b (für die BGB-Gesellschaft); *MünchKomm/Ulmer*, § 718, 29; *Soergel/Hadding*, § 718, 19; *Staudinger/Bund*, § 866, 12 (für die BGB-Gesellschaft), 14 (für die OHG und KG); *GroßKomm/Ulmer*<sup>4</sup>, § 105,

strahlt nicht auf das Außenverhältnis aus. Voraussetzung bleibt aber – und hier sollte man sich trotz manch unscharfer Formulierung<sup>100</sup> nicht zu einem Trugschluß verleiten lassen –, daß der Handelnde tatsächlich befugt ist, die Gesellschaft zu binden. Die Rechtsmacht, die Gesellschaft nur zusammen mit anderen vertreten zu können, reicht weder für eine Verfügung im Namen der Gesellschaft aus, noch unterbricht sie die Zurechnung, soweit die anderen Vertreter untätig bleiben; die Sache ist abhanden gekommen.

#### d) Die Zurechnung der Verfügung eines Miteigentümers

Recht selten werden sich Bruchteilseigentümer gegenseitig zu Verfügungen bevollmächtigen. Insoweit trifft der Schluß, sein Besitz schirme den Teilhaber vor redlichem Erwerb eines Dritten ab,<sup>101</sup> zu. Das Vorgehen eines anderen Teilhabers belastet ihn weder direkt noch über den Umweg einer zurechenbar gewährten Besitzverschaffungsmacht.

#### 4. Der Verstoß gegen die §§ 134, 138 BGB

Wenig untersucht ist bislang der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten in seiner Konsequenz für weitere Verfügungen des Empfängers.<sup>102</sup> Die Frage der Zurechnung wird schon nicht thematisiert, wenn die Norm das Gut dem rechtsgeschäftlichen Verkehr generell entziehen will; unabhängig vom Eigentum des Verfügenden unterfallen auch spätere Geschäfte dem Verdikt. Auf der anderen Seite der Skala stehen gesetzliche Verbote, die nur die Begleitumstände des ersten Geschäfts unterbinden sollen. Soweit sie überhaupt dessen Nichtigkeit bedingen, infizieren sie jedenfalls weitere Übereignungen nicht. Paradigmatisch für den verbleibenden Zwischenbereich ist § 138 BGB. Will die Vorschrift auch verhindern, daß der Bewucherte oder in sittenwidriger Manier Überrumpelte sein Recht einbüßt, so verlangt sie gleichwohl über „Notlage“ bzw. „Unerfahrenheit“ hinaus führend einen unangemessenen Inhalt des Geschäfts,<sup>103</sup> schützt damit die Willensfreiheit nicht undifferenziert, sondern nur, soweit sich ihr Defizit in einer unangemessenen Vertragsgestaltung widerspiegelt. Die Zurechnung zu negieren hieße hier wie bei gesetzlichen Verböten, die Gefahr nicht nur bei fehlender privatautonomer Risikoübernahme, sondern auch das Risiko der inhaltlichen Disproportionalität auf spätere Erwerber zu überwälzen; das dürfte den Gedanken der Zurechnung für den Normalfall überstrapazieren.

297; Heymann/Emmerich, § 124, 6; Flume, I 1 § 6 III = S. 82f.; Steindorff, Festgabe für Kronstein S. 160, 163; Flick, Besitz S. 74f.; ebenso Steindorff, Festgabe für Kronstein S. 157f. für den Begriff der verbotenen Eigenmacht.

<sup>100</sup> So MünchKomm/Ulmer, § 718, 29; GroßKomm/Ulmer<sup>4</sup>, § 105, 297; Soergel/Hadding, § 718, 19, die beide Abhandenkommen nur bei Verfügung ohne jegliche organschaftliche Vertretungsmacht bejahen. Baur, § 52 V 2 a bb a. E. verneint sogar Abhandenkommen, wenn die Organe außerhalb der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gehandelt haben.

<sup>101</sup> Vgl. dazu oben § 7 V 7 d mit Fn. 513.

<sup>102</sup> Für die Vertrauenshaftung vgl. etwa Canaris, Vertrauenshaftung S. 463 f.

<sup>103</sup> Canaris, Vertrauenshaftung S. 463 Fn. 51.

## 5. Die Verfügung des Besitzdieners im eigenen Namen

Die nach wie vor offene Kontroverse, ob ein vom Besitzdiener veräußertes Gut dem Eigentümer als dem Besitzherrn abhanden gekommen sei, ist gekennzeichnet durch eine weitgehend verfehlte Modellbildung. Behält nämlich der Besitzherr den Besitz, übt er ihn nach § 855 BGB lediglich mit Hilfe des Besitzdieners aus, knüpft obendrein redlicher Erwerb an das Vertrauen des Erwerbers an, der Besitz seines Partners repräsentiere das Eigentum, wie dies die h.M. behauptet, dann müßte die Verfügung schon wegen des fehlenden Rechtsscheins mißglücken. Die diese Aporie eher notdürftig überdeckende Fiktion, der Besitzdiener schwinde sich durch die Übereignung kurzfristig zum Besitzer auf,<sup>104</sup> könnte sich allerdings der Konsequenz nicht entziehen, darin läge ein am natürlichen Willen gemessen unfreiwilliger Besitzverlust,<sup>105</sup> wäre indes hinsichtlich des Rechtsscheins des Besitzes kaum aussagekräftig: Erst die Veräußerung selbst würde den Rechtsschein schaffen.

Doch auch abweichende Ansätze krankten an konstruktiven Schwierigkeiten. Der Umstand, daß der Besitzdiener nach außen nicht als solcher aufgetreten, sondern dem Einfluß des Besitzherrn tatsächlich entzogen war,<sup>106</sup> will nichts für die Zurechnung bedeuten. Ein noch so eindeutiger Rechtsschein, der dem Eigentümer nicht zur Last zu legen ist, läßt den Erwerber leer ausgehen. So plausibel vom Ergebnis her auch eine differenzierende Ansicht wirken mag, die sich gegen Abhandenkommen nur verwahrt, soweit der Besitzherr das selbständige Handeln des Besitzdieners duldet oder gar anordnet,<sup>107</sup> und so die Brücke zur Zurechnung schlägt, so sehr verschwimmen ihre dogmatischen Konturen. Den Besitz selbst hat der Eigentümer definitionsgemäß nicht aufgegeben; will man seinem natürlichen Willen nicht Gewalt antun, kann von einem Einverständnis mit der Veruntreuung keine Rede sein. Ihm widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen, wenn er sich nunmehr den nachteiligen Folgen entziehen will, die die autarke Stellung des Besitzdieners mit sich gebracht habe,<sup>108</sup> hat bereits an den Platz des Besitzes die Besitzverschaffungsmacht,

<sup>104</sup> Vgl. zu diesem Problem schon oben § 7 III 4.

<sup>105</sup> So im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, die h.M., da sie den Bruch in der eigenen Argumentation nicht wahrnimmt; vgl. z. B. RGZ 71, 248, 253; 106, 4, 6; RG JW 1908, 527; WarnR 1926 Nr. 48 = S. 58, 59; SeuffA 76 Nr. 119; Jauernig, § 935, 2b cc; Palandt/Bassenge, § 935, 3a; MünchKomm/Quack, § 935, 11; RGRK/Pikart, § 935, 18; Staudinger/Berg<sup>II</sup>, § 935, 9; Wolff/Raiser, § 69 I 1; Heck, Sachenrecht § 60, 6; Harms, Sachenrecht S. 161; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 40; zögernd, letztendlich zustimmend, v. Craushaar, Vertrauen S. 156; Hoche, JuS 1961, 78f.; Weimar, MDR 1962, 21; a. A. Hübner, Rechtsverlust S. 107f.; Müller-Erbach, AcP 142, 30; zu den differenzierenden Ansichten vgl. sogleich im Text.

<sup>106</sup> So Westermann, § 49 I 6; Wiegand, JuS 1974, 205f.

<sup>107</sup> Danach will ein Teil der Lehre abgrenzen; vgl. etwa MünchKomm/Joost, § 855, 24; Schlegelberger/Hefermehl, § 366, 5; Rebe, AcP 173, 201f.; ein Teil der Lehre stellt auf das Auftreten des Besitzdieners nach außen ab; so z. B. Erman/A. Schmidt, § 935, 6; Soergel/Mühl, § 935, 2; entschieden ablehnend RGRK/Pikart, § 935, 18.

<sup>108</sup> Schlegelberger/Hefermehl, § 366, 5.



an denjenigen des natürlichen Willens normative Kriterien gesetzt: Nur damit läßt sich dem Eigentümer die bewußte Lockerung des Eigenbesitzes aufbürden.

Wendet man sich von der wenig stichhaltigen Aufschwunglehre ab, vermeidet man die dogmatischen Unschärfen einer vermittelnden These, so lautet die Frage – richtig gestellt –, ob und inwieweit eine dem Besitzdiener zu Gebote stehende Besitzverschaffungsmacht dem Eigentümer zugerechnet werden kann. Wenig Probleme ergeben sich, sofern der Besitzdiener vertretungsbefugt ist.<sup>109</sup> Kann ein Prokurist im eigenen Namen wirksam übereignen, obgleich er – weder Besitzmittler noch Besitzdiener – die Sache durch einen Diebstahl an sich genommen hat, so erst recht, wenn er bereits vorher als Besitzdiener die tatsächliche Gewalt ausgeübt hatte. Doch selbst die Besitzverschaffungsmacht eines nicht zur Vertretung berechtigten Besitzdieners hat der Besitzer und Eigentümer in zurechenbarer Weise verursacht. Stets genügt es, daß der Veräußerer die Sache übergeben bzw. – ohne selbst Besitzer oder Besitzdiener sein zu müssen – dafür Sorge tragen kann, daß sie von einem Dritten ausgehändigt wird; man denke an den Geheißerwerb oder das Streckengeschäft. Der Erwerber kann nicht schlechter stehen, weil sein Partner Besitzdiener des Eigentümers war. Dem Berechtigten die Konsequenzen der Besitzverschaffungsmacht nur bei einem weitgehend selbständigen Auftreten des Besitzdieners zu überbürden<sup>110</sup> ist nur die halbe Antwort; ihn treffen die negativen Folgen nach den allgemeinen Regeln der Zurechnung.<sup>111</sup> Sie wird nicht durch die Eingliederung in eine Organisation,<sup>112</sup> nicht durch das Überschreiten einer Weisung im Einzelfall<sup>113</sup> unterbrochen, vielmehr sind die durchgängig gezogenen Grenzen verbindlich: Willensmängel, soweit sie ins Gewicht fallen, Minderjährigkeit des Besitzherrn, insbesondere natürlich, wenn sich der Besitzdiener, soweit nicht zur Vertretung berechtigt, eines Diebstahls schuldig gemacht hat.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> So im Ergebnis auch die h. M.; vgl. für den Besitzdiener *Jauernig*, § 935, 2b ee; *Palandt/Bassenge*, § 935, 3a; *RGRK/Pikart*, § 935, 18; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 366, 5; *Baur*, § 52 V 2a bb; *Westermann*, § 49 I 6; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 40; teilweise wieder unter Vermengung der Verfügung im fremden und derjenigen im eigenen Namen, deutlich etwa anhand des Beispiels bei *Westermann*, aaO.: Der Ladenangestellte, der, gedeckt durch § 56 HGB, eine dem Prinzipal nicht gehörende Sache veräußert, handelt mit Wirkung für und gegen diesen; Abhandenkommen ist nur dann thematisiert, wenn sie der Prinzipal selbst gestohlen hatte.

<sup>112</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 107.

<sup>111</sup> Ebenso im Ergebnis *AK/Reich*, § 935, 3, der den Gedanken der Risikosphäre fruchtbar macht.

<sup>112</sup> So indes *Westermann*, § 49 I 6.

<sup>113</sup> *Weimar*, MDR 1962, 21 f.; a. A. *Staudinger/Bund*, § 855, 24; *Baur*, § 52 V 2a bb, die bei bloßer Überschreitung einer Weisung Abhandenkommen verneinen.

<sup>114</sup> Entgegen RGZ 106, 4, 6 und *Westermann*, § 49 I 6 kann die Unterscheidung zwischen Unterschlagung und Diebstahl also sehr wohl Bedeutung erlangen; richtig daher RG SeuffA 76 Nr. 119. – Bloße verbotene Eigenmacht kann dagegen im Konzept der Besitzverschaffungsmacht Abhandenkommen nicht begründen.

## 6. Der fehlende mittelbare Besitz

In enger Anlehnung an den Wortlaut des § 935 Abs. 1 S. 2 BGB will man das Problem bewältigen, daß der Eigentümer bereits vor dem unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes seinen mittelbaren eingebüßt hatte, verheddert sich gleichwohl aufs neue: Argumentiert die h. A., der Wortlaut der Vorschrift, der von mittelbarem Besitz spreche, sei ebenso eindeutig wie ihr Zweck und streite gegen Abhandenkommen,<sup>115</sup> so hält die Mindermeinung dagegen, der Text sei angesichts der Tendenz des Gesetzes, redlichen Erwerb bei unfreiwilligem Besitzverlust auszu-schließen, zu eng gefaßt.<sup>116</sup> Gesichtspunkte, die eine überzeugende Lösung tragen könnten, werden durch eine auf die Formulierung fixierte Diskussion eher verdeckt als zutage gefördert, während der Gedanke der Zurechnung eine differenzierende Stellungnahme empfiehlt. Hatte der Eigentümer den mittelbaren Besitz durch eine versuchte, wenngleich in concreto angesichts der Unredlichkeit des Partners mißglückte Übereignung eingebüßt – der Mieter einer Sache unterschlägt sie und veräußert sie an einen bösgläubigen Hehler, bei ihm wird sie anschließend gestohlen, sodann an einen redlichen Abnehmer veräußert<sup>117</sup> –, so war die Besitzverschaffungsmacht des ersten Veräußerers dem Eigentümer aufgrund der Weggabe durch seinen Besitzmittler in gleicher Weise anzulasten wie diejenige weiterer Nachfolger des ungetreuen Besitzers. Ein späterer Diebstahl ändert am Resultat schon deshalb nichts, weil es vom Eigentümer aus gesehen reinen Zufall bedeutet, ob der erste Partner seines ehemaligen Besitzmittlers oder spätere Besitzer der Sache erneut – diesmal an redliche Verkehrsteilnehmer – veräußern. Anders liegt es dagegen, wenn der unmittelbare Besitzer den Oberbesitz des Eigentümers aufgekündigt, die Sache aber noch nicht fortgegeben hatte. Die nunmehr an einen Diebstahl geknüpfte Besitzverschaffungsmacht hat der Eigentümer nicht zu verantworten: Der Verlust der Sache und die dadurch weiteren Verkehrsteilnehmern gegenüber manifestierte Besitzverschaffungsmacht des Diebes bzw. seiner Nachfolger ist ihm nicht zu überbürden; der Diebstahl ist nicht durch den vorangegangenen Abbruch des Besitzbandes heraufbeschworen worden.

## 7. Hoheitliche Maßnahmen

Naturgemäß kann man die Wirkungen hoheitlicher Maßnahmen für das Abhandenkommen nicht anhand der §§ 104 ff. BGB bewerten. Und doch sollte die Ein-

<sup>115</sup> So die Begründung von MünchKomm/Quack, § 935, 7; ebenso OLG Frankfurt NJW 1951, 444, 445 = JZ 1951, 269 mit zustimmender Anm. von Raiser; Jauernig, § 935, 2b dd (mit einer entscheidenden, aber nicht als tragend kenntlich gemachten Differenzierung; vgl. dazu sogleich im Text); Palandt/Bassenge, § 935, 1c; StudK/M. Wolf, § 935, 2; RGRK/Pikart, § 935, 29; Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 935, 12 unter a; Wolff/Raiser, § 69 I 2 (anders Wolff<sup>9</sup>, § 69 I 2); K. Müller, Rdn. 2413f.; Heck, Sachenrecht § 60, 6; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 40f.

<sup>116</sup> So das Argument von Baur, § 52 V 2a aa; ebenso Erman/A. Schmidt, § 935, 5; Westermann, § 49 I 5; Hübner, Rechtsverlust S. 120 Fn. 145.

<sup>117</sup> Beispiel nach Baur, § 52 V 2a aa.

sicht, daß der Entschluß des unmittelbaren Besitzers angesichts einer staatlichen Zwangsmaßnahme, die ihm die Sache entzieht, keine Aussagekraft besitzt, eigentlich selbstverständlich sein. Regelmäßig kann und darf er sich nicht widersetzen, will er nicht rechtswidriges Handeln bis hin zu einer Straftat riskieren. Es wäre andererseits wenig abgewogen, Abhandenkommen auch bei einer rechtmäßigen hoheitlichen Maßnahme zu unterstellen; sie zeichnet sich gerade dadurch aus, daß sie den Besitz zu Recht entzieht und dem Empfänger zuordnet. Der Topos der h.M., eine rechtmäßige Zwangsmaßnahme ersetze den Willen des Eigentümers,<sup>118</sup> gibt zwar das richtige Ergebnis wieder, wählt aber den falschen Ansatz.<sup>119</sup> Die Rechtmäßigkeit des obrigkeitlichen Akts und nicht ein irgendwie gearteter – besser: fingierter – Wille des Berechtigten gibt den Ausschlag.

Nach Ablauf der Widerspruchs- bzw. Klagefrist der §§ 70, 74 VwGO wird der Verwaltungsakt bestandskräftig. Der bisherige Eigentümer hat einem weiteren Erwerber gegenüber zurückzustehen; ihn die Sache nunmehr vindizieren zu lassen hieße, ihm mehr zu konzedieren, als er von der Behörde nach der Verfristung verlangen könnte. Späterer redlicher Erwerb ist dagegen blockiert, wenn die Beschlagnahme auf eine Anfechtungsklage hin mit Rückwirkung aufgehoben wird.<sup>120, 121</sup> Nichtigte Verwaltungsakte wie Nichtverwaltungsakte und eine auf sie gegründete Wegnahme sind dem Eigentümer dagegen auf keinen Fall zuzurechnen; er kann die Sache vom jeweiligen Besitzer herausverlangen.<sup>122</sup> Wenngleich nicht Normen des Vertragsrechts, so haben sich Vorschriften des Verwaltungsrechts, nicht der schemenhafte natürliche Wille, als bestimmend entpuppt.

<sup>118</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 36.

<sup>119</sup> So auch MünchKomm/Quack, § 935, 13, dessen Vorschlag indes nicht zu überzeugen vermag (vgl. oben § 9 I 3 a Fn. 37).

<sup>120</sup> So auch LG Ansbach NJW 1952, 592; die h.M. will anders entscheiden; vgl. die Nachw. in Fn. 37.

<sup>121</sup> Es kann dabei noch eine Reihe von Komplikationen geben, die hier nur angedeutet seien. So kommt es bei öffentlicher Versteigerung (§ 817 ZPO) nicht darauf an, ob die Sache abhanden gekommen ist; die überwiegende Ansicht koppelt den Zuschlag als Übertragung kraft hoheitlicher Gewalt von den §§ 929 ff. BGB ab, die Gegenansicht hätte hier dem § 935 Abs. 2 Fall 3 BGB Rechnung zu tragen. Nur bei freihändiger Veräußerung durch einen Dritten oder den Gläubiger gemäß § 825 ZPO kann § 935 BGB Bedeutung erlangen; der bloße Hinweis von Stein/Jonas/Münzberg, § 825, 13 und Lüke, NJW 1954, 256 auf § 366 HGB führt hierbei nicht weiter. Schwierigkeiten sind vorprogrammiert, wenn rechtswidrige Verwaltungsakte nach der Verfügung aufgehoben werden. Ob und inwieweit die Betroffenen so behandelt werden müssen, als sei der Verwaltungsakt von vornherein unwirksam, welche Rolle die Anfechtung und die aufschiebende Wirkung spielen, ist bekanntlich umstritten (vgl. statt aller Kopp, VwGO § 80, 15 ff.), soll hier nicht weiter verfolgt werden. Die Pfändung schuldnerfremder Sachen wird regelmäßig nur mit Wirkung ex nunc aufgehoben (h.M.; vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 776, 3 f.; a.A. etwa Wieczorek, § 776 A III); auch das mag seine Auswirkungen haben. Im einzelnen kann den Verwicklungen hier nicht nachgegangen werden; angesichts der Tatsache, daß sich am Prinzip nichts ändert, der Begriff des Abhandenkommens durch die Regeln des anfechtbaren Verwaltungsakts aufzufüllen ist, läßt sich hier von Ausführungen im Detail absehen.

<sup>122</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 38.

## III. Die Zurechnung als Lösung eines Dreipersonenkonflikts

Eine wichtige Aufgabe der Zurechnung verdeutlichen erst die Ausnahmen. § 935 Abs. 2 BGB erstreckt den Redlichkeitsschutz auf abhanden gekommene Sachen; er reagiert auf gesteigertes Bedürfnis des Verkehrs.<sup>123</sup> Ungeachtet der Fehler in den vorangegangenen Rechtsgeschäften, unbeschadet eines Diebstahls des veräußerten Guts ist dem bislang Berechtigten mit dem Ausschluß der Vindikation jeder Zugriff auf den Letztabnehmer versperrt. Art. 16 Abs. 2 WG korrespondiert dem § 935 Abs. 2 BGB. Trotz seines durchaus ungewöhnlichen, nur aus der Entstehungsgeschichte zu erklärenden Wortlauts ist nicht nur die Herausgabeklage gegen den Inhaber ausgeschlossen; er ist darüber hinaus Eigentümer geworden.<sup>124</sup>

Zur Rückbesinnung auf die Rolle der Zurechnung mahnt indes die Kontroverse, ob und unter welchen Umständen Mängel des jeweiligen Begebungsvertrags überspielt werden können. Gestützt auf den angeblichen Rechtsschein des Indossaments, präsentiert sich eine buntscheckige Vielfalt von Resultaten. Fehlende Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners<sup>125</sup> und Willensmängel des Begebenden<sup>126</sup> sollen auch durch guten Glauben nicht geheilt werden, bei Geschäftsunfähigkeit will eine überwiegende, wenn auch heftig attackierte Ansicht zugunsten des Verkehrsschutzes entscheiden,<sup>127</sup> während sich beim Handeln eines Vertreters ohne Vertre-

<sup>123</sup> Die Begründungen schwanken; meist wird das Verkehrsinteresse für Geld und für Inhaberpapiere als Motiv des erweiterten Redlichkeitsschutzes genannt; so etwa RGRK/Pikart, § 935, 30; Pikart, WM 1980, 510; Westermann, § 49 III 1; Wolff/Raiser, § 69 I 4; Wiegand, JuS 1974, 549; nur für Geld Erman/A. Schmidt, § 935, 8; andere leiten ihn aus dem wirtschaftlichen Zweck der Beschaffenheit der Gegenstände ab; so etwa Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 935, 19; den Umlaufzweck führt dagegen Hübner, Rechtsverlust S. 149f. ins Feld. Palandt/Bassenge, § 935, 4; AK/Reich, § 935, 5; Planck/Brodmann, § 935, 6 begründen auch § 935 Abs. 2 Fall 3 BGB mit der Umlauffähigkeit, während die h. M. hierin den Gedanken der Verschweigung vermutet; vgl. nur RGRK/Pikart, Staudinger/Berg, Westermann, Wolff/Raiser jeweils aaO.

<sup>124</sup> Vgl. oben § 8 II 1 d (3) mit Fn. 85.

<sup>125</sup> GroßKomm/Canaris, § 365, 20; Hueck/Canaris, § 8 IV 2b cc; Schlegelberger/Hefermehl, § 365, 23; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 16, 10 unter d; Zöllner, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (3); Jaeger/Henckel, KO § 7, 67; Kuhn/Uhlenbruck, KO § 7, 16; Ulmer, Recht der Wertpapiere S. 237; Brox, Handelsrecht Rdn. 568; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 247f.; Wiedemann, PdW Handelsrecht 2. Teil Wertpapierrecht Fall 39 (2); abwägend, im Ergebnis aber verneinend, Henrichs, Wechselwerber S. 198ff. mwN.; a. A. Stranz, Art. 16, 20; v. Moltke, AcP 142, 267.

<sup>126</sup> GroßKomm/Canaris, § 365, 20; Schlegelberger/Hefermehl, § 365, 23; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 16, 10 unter d; unklar ders., Art. 16, 9; Zöllner, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (6); Ulmer, Recht der Wertpapiere S. 237; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 243; a. A. Düringer/Hachenburg/Breit, § 365, 10, der auf den guten Glauben über die Tatsache des Irrtums abstellt; Brox, Handelsrecht Rdn. 568; v. Moltke, AcP 142, 267. RGZ 103, 87, 89 formuliert umfassend, ein infolge eines Willensmangels freiwillig begebener Scheck sei abhanden gekommen; in concreto ging es aber um ein Dreipersonenverhältnis.

<sup>127</sup> Für die Möglichkeit redlichen Erwerbs BGH NJW 1951, 402 (für Scheck); WM 1968, 4 (für Wechsel) jeweils obiter; Schlegelberger/Hefermehl, § 365, 22, 23; Baumbach/Hefermehl,

tungsmacht<sup>128</sup> sowie bei der irrigen Annahme des Indossatars, der Verfügende sei mit dem durch die Indossamentenkette Legitimierten identisch,<sup>129</sup> die Waage eindeutig zugunsten der Verfechter des redlichen Erwerbs neigt. Das reflektiert eine These, die voreilig die Systematik des redlichen Erwerbs aus den Augen verliert und den Stellenwert der Zurechnung pauschaliert.

### 1. Die Rechtslage im Dreipersonenverhältnis

Für spätere Indossatare, deren Begebungsverträge in sich fehlerfrei sind, sieht man von der fehlenden Berechtigung ihres Partners ab, gibt es allerdings keine nennenswerten Verwicklungen. Während eine abhanden gekommene Sache angesichts des § 935 Abs. 1 BGB weder vom Dritten noch von einem seiner Nachfolger redlich erworben werden kann,<sup>130</sup> beeinflusst im Wechselrecht ein Makel eines früheren Geschäfts, mag er noch so gravierend sein, die Wirksamkeit der Girierung an weitere Nehmer nicht. Fehlende Geschäftsfähigkeit, Weggabe aufgrund einer Drohung sind für den Erwerb – anders steht es mit Abstufungen für die Einwendungslehre<sup>131</sup> – ebenso irrelevant wie sonstige Willensmängel, ein Irrtum über die Identität

---

WG Art. 16, 10 unter c; SchG Art. 21, 3; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 237; *Harms*, Wertpapierrecht S. 81; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 568; *Wiedemann*, PdW Handelsrecht 2. Teil Wertpapierrecht Fall 39 (3); MünchKomm/Gitter, vor § 104, 66; *Eichler*, Vertrauen S. 96; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 243, 245; *U. Huber*, Festschrift für Flume II S. 117; *Henrichs*, Wechselwerber S. 175 ff. mwN.; *Liesecke*, WM 1969, 7; *v. Moltke*, AcP 142, 267; ablehnend GroßKomm/Canaris, § 365, 20; *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc; *Hueck*, Wertpapierrecht<sup>12c</sup> S. 51; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1c bb (5); *Richardi*, § 18 II 2d; *Düringer/Hachenburg/Breit*, § 365, 10; *Nitschke*, JuS 1968, 544 mit umf. Nachw. zum Streitstand.

<sup>128</sup> RGZ 74, 184, 185 f.; BGH WM 1968, 4 (obiter); GroßKomm/Canaris, § 365, 18; *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 365, 23; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 10 unter b; SchG Art. 21, 3; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1c bb (2); *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 237; *Henrichs*, Wechselwerber S. 163 ff. mwN.; *Eichler*, Vertrauen S. 96; *U. Huber*, Festschrift für Flume II S. 117; *v. Moltke*, AcP 142, 267; *M. Reinicke*, AcP 189, 91; ebenso für den (Inhaber-)Scheck BGHZ 26, 268, 272; BGH WM 1965, 124, 125 (wo ein ungetreuer Bote den Scheck zur Zahlung der eigenen Schuld verwendet hatte); OLG München WM 1969, 510, 511; OLG Celle BB 1969, 1107; 1971, 327, 328; OLG Hamm WM 1982, 833, 834; *Baumbach/Hefermehl*, SchG Art. 21, 3; a. A. *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 62.

<sup>129</sup> GroßKomm/Canaris, § 365, 19; *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc; *Schlegelberger/Hefermehl*, § 365, 22, 23; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 10 unter b; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1c bb (4); *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 238 f. n. 40; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 245; *U. Huber*, Festschrift für Flume II S. 117; *Henrichs*, Wechselwerber S. 161 f. mwN.; *v. Moltke*, AcP 142, 267; a. A. *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 62 f.

<sup>130</sup> *Jauernig*, § 935, 3a; *AK/Reich*, § 935, 4; *RGRK/Pikart*, § 935, 2; MünchKomm/Quack, § 935, 18; *Soergel/Mühl*, § 935, 5; *Staudinger/Berg*<sup>11</sup>, § 935, 13; *Baur*, § 52 V 3; *Westermann*, § 49 II 1; *Schwab*, Sachenrecht § 32 V 1; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 43.

<sup>131</sup> Es sind zwei gedankliche Schritte auseinanderzuhalten: Der erste betrifft den Eigentumserwerb; er wird durch Geschäftsunfähigkeit etc. eines der Vormänner – nicht des Indossanten – nicht verhindert. Die zweite Frage dreht sich um die Haftung dieses geschäftsunfähigen Vormanns. Sie ist trotz des Eigentums des Indossatars und dem damit verbundenen Forderungserwerb zu verneinen (vgl. etwa *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 11; *Richardi*, § 18 II 2d).

des Verfügenden oder die Tatsache, daß der frühere Inhaber in Konkurs gefallen war, bevor er den Wechsel indossierte.<sup>132</sup> Mißverständnisse können so für das Dreipersonenverhältnis gar nicht erst aufkommen.

## 2. Die Rechtslage im Zweipersonenverhältnis

Eine Auffassung, die den Indossatar beispielsweise auch schützen will, wenn sein Geschäftspartner minderjährig ist, damit die gesamte Auseinandersetzung, wurzelt in zwei – meist nicht näher explizierten – Prämissen, die, ohne Not, um den Preis nicht nur dogmatischer Inkonsequenz, sondern auch daraus resultierender sachlicher Unrichtigkeit, zwei Problemfelder vermengen: Zum einen wird vorausgesetzt, Art. 16 Abs. 2 WG heile auch Fehler des Zweipersonenverhältnisses, also des Begebuungsvertrages,<sup>133</sup> zum anderen ein Vorrang des Art. 16 Abs. 2 WG etwa vor den Normen der §§ 104 ff. BGB unterstellt.

### a) Die Notwendigkeit eines intakten dinglichen Geschäfts

Auf diese Weise wird die gesetzliche Konzeption des redlichen Erwerbs massiv verzeichnet. Mängel des Begebuungsvertrages unterstehen – was das Verhältnis zwischen den Partnern betrifft – ohne weiteres den üblichen Vorschriften des Vertragsrechts. Die Übertragung ist nichtig, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, kann angefochten werden, soweit sich ein in den §§ 119 ff. BGB genannter Irrtum eingeschlichen hat. Daneben das Zurechnungsprinzip zu Rate zu ziehen ist ebenso unnötig wie ungereimt. Der Eigentümer selbst verfügt, wenngleich das Geschäft mit einem Mangel behaftet ist; eine Frage wie die, ob ihm die Sache abhanden gekommen sei oder nicht, verfehlt das Problem, da sie, dem System des redlichen Erwerbs nach, die Übereignung durch einen Nichtberechtigten voraussetzt, der Schutz trotz Redlichkeit des Erwerbers versagt wird bzw. – im Fall der § 935 Abs. 2 BGB, Art. 16 Abs. 2 WG – es ungeachtet fehlender Zurechnung dabei sein Bewenden hat. Was sich für den Normalfall des Erwerbs beweglicher Sachen noch als Schönheitsfehler in der dogmatischen Begründung ausnimmt – die Verfügung eines Geschäftsunfähigen verhilft seinem Partner nicht zu Eigentum, unabhängig davon, ob man den dinglichen Vertrag scheitern läßt oder (zusätzlich) die Zurechnung verneint – hat für den Wechsel einen fatalen Effekt, wenn man den Schluß ziehen wollte, die

<sup>132</sup> Vgl. *Henrichs*, Wechselwerber S. 202. Diesen Unterschied arbeitet die h. M. (Nachw. in Fn. 125) regelmäßig nicht deutlich heraus, er ist aber zwingend: Die erste Indossierung ist zwar unwirksam; das hat weitere Nehmer angesichts des Art. 16 Abs. 2 WG aber nicht zu kümmern, sofern sie redlich sind (vgl. etwa *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (6); *Henrichs*, Wechselwerber S. 202).

<sup>133</sup> So implizit die h. M., da nur dann ihre Kontroverse verständlich wird; vgl. die Nachw. in Fn. 125–129. Besonders signifikant wird das bei *v. Moltke*, AcP 142, 267, die beide Regelungskomplexe miteinander vermengt, indem sie den Erwerb vom Dieb mit Fehlern des Erwerbsgeschäfts selbst gleichsetzt; ausdrücklich ablehnend *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 59 ff. mit umfangr. Nachw.; *Hupka*, Wechselrecht S. 49 f.; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 365, 3; nicht deutlich die Stellungnahme von *Harms*, Wertpapierrecht S. 81 f., der die Schwächen der h. M. aufzeigt, sich ihr aber (wohl) anschließt.

Fehler des Geschäfts würden durch Art. 16 Abs. 2 WG geheilt: Weil nicht abhanden gekommen, könne er trotz eines nichtigen Begebungsvertrages erworben werden. Eine derartige Konsequenz müßte Art. 16 Abs. 2 WG einen Vorrang vor den §§ 104ff. BGB zubilligen, der sich durch nichts belegen läßt. Mängel des Begebungsvertrages zu kompensieren oder fehlendes Recht zur Vertretung zu ersetzen ist mitnichten Auftrag des redlichen Erwerbs – hier geht es um die Domäne der Vertrauenshaftung;<sup>134</sup> er soll die fehlende Berechtigung des Indossanten wettmachen.

#### b) Der Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 WG

Eine so umfassende Funktion zu untermauern, wie sie die h.M. dem Art. 16 Abs. 2 WG beilegen will, setzt zumindest voraus, daß die Norm einen von § 935 BGB verschiedenen Begriff des Abhandenkommens verwendet, der es einschließt, Mängel des den Erwerb intendierenden Begebungsvertrags auszugleichen. Die Materialien sind unergiebig. Ein Antrag, der eine solche Erweiterung im Wortlaut verankern wollte, wurde abgelehnt.<sup>135</sup> Selbst das Argument, das Wechselrecht sei primär aus sich heraus und ohne Rücksicht auf deutsches Recht zu interpretieren<sup>136</sup> – ohnehin angesichts der vielfachen Verflechtungen mit nationalen Rechtsinstituten mehr als fraglich –,<sup>137</sup> könnte zur Absicherung der herrschenden Auslegung des Art. 16 Abs. 2 WG wegen der kargen Entstehungsgeschichte wenig beitragen.<sup>138</sup>

Freilich spricht Art. 16 Abs. 2 WG davon, die Sache müsse „irgendwie“ abhanden gekommen sein; er scheint damit über § 935 Abs. 2 BGB hinauszugehen.<sup>139</sup> Die h.M. versucht dies zu konkretisieren, indem sie zu den abhanden gekommenen nicht nur den unfreiwillig eingebüßten, sondern jeden Wechsel zählt, der ohne rechtswirksamen Begebungsvertrag in fremde Hände gelangt sei.<sup>140</sup> Eine so weit ausholende Definition ist unnötig, nicht zuletzt irreführend. Es ist müßig – ein

<sup>134</sup> Die – anknüpfend an den diesmal wörtlich zu verstehenden Rechtsschein, der von dem Besitz eines Wechsels mit lückenloser Indossamentenkette für die behauptete Stellung ausgeht – bei Minderjährigkeit den Übergang zu verneinen hätte, bei Vertretung ohne Vertretungsmacht nach den Grundsätzen der Scheinvollmacht abweichend entscheiden kann.

<sup>135</sup> Vgl. dazu *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 59 Fn. 3, der darauf hinweist, daß die Materialien an anderer Stelle den Erwerb vom Vertreter ohne Vertretungsmacht privilegieren wollten; *Hupka*, Wechselrecht S. 49f.; *Henrichs*, Wechselserwerber S. 114; *Nitschke*, JuS 1968, 544.

<sup>136</sup> *Staudinger/Coing*, Einleitung Rdn. 146; *U. Huber*, Festschrift für Flume II S. 86f.; *Henrichs*, Wechselserwerber S. 114; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 245 (der sich gerade für den angeblich erweiterten Begriff des Abhandenkommens auf dieses Argument stützt).

<sup>137</sup> *Hueck/Canaris*, § 5 V; *Canaris*, JZ 1987, 544 mwN.

<sup>138</sup> *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb; *Henrichs*, Wechselserwerber S. 114.

<sup>139</sup> So *Eichler*, Vertrauen S. 97; wohl auch die Begründung von *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 243f.

<sup>140</sup> *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 9; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 235f.; *Brox*, Handelsrecht Rdn. 568; *Wiegand*, JuS 1974, 550; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c aa; ebenso BGH NJW 1951, 402 für den Scheck; für eine einheitliche Interpretation von § 935 Abs. 2 BGB mit Art. 16 Abs. 2 WG aber *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2 b bb.

Tadel, der korrekterweise allerdings schon der redundanten Gesetzesfassung gilt –, zu betonen, daß auch der freiwillig – exakter: zurechenbar – indossierte Wechsel vom Dritten erworben werden kann; das läßt sich auch ohne das Epitheton „irgendwie“ aus dem System des redlichen Erwerbs ableiten. Er wird bei nicht abhanden gekommenen, d.h. in zurechenbarer Weise in den Verkehr gebrachten Sachen definitionsgemäß nicht durch fehlende Zurechnung gesperrt. Art. 16 Abs. 2 WG beschränkt sich in diesem Kontext darauf, den Wechsel in den von den §§ 932 ff. BGB gewährten Verkehrsschutz einzubeziehen<sup>141</sup> und das für ihn charakteristische Postulat einer bis auf den letzten Nehmer reichenden Indossamentenkette zu unterstreichen. Ist schon § 935 Abs. 1 BGB seinen Tatbestandsvoraussetzungen nach nicht erfüllt, so bleibt eine Erweiterung auf „irgendwie abhanden gekommene“ Wechsel ohne Belang. Art. 16 Abs. 2 WG führt parallel zu § 935 Abs. 2 BGB allerdings über § 935 Abs. 1 BGB hinaus, indem er den redlichen Erwerb auch auf abhanden gekommene Wechsel erstreckt. Auch dabei spielt die adverbiale Bestimmung „irgendwie“ keine Rolle: Sind doch ohne weiteres alle Wechsel umfaßt, einerlei, an welchen Mängeln ein früherer Begebungsvertrag litt oder ob der Wechsel gar gestohlen war. Wie bei Geld und Inhaberpapieren spielt all dies keine Rolle. Mit anderen Worten: Gegenüber einem § 935 Abs. 2 BGB, der auf sprachlich überbordende Umschreibung verzichtet, bringt Art. 16 Abs. 2 WG nur insoweit etwas Neues, als er die Privilegierung des redlichen Erwerbs über Geld und Inhaberpapiere hinaus auf den Wechsel erweitert. Das Ergebnis wäre dasselbe, wenn Art. 16 Abs. 2 WG auf die Beifügung verzichtet hätte.<sup>142</sup> Im Dreipersonenverhältnis irrelevant, leistet die Definition Fehlinterpretationen Vorschub, will man – etwa gar, um der Rede vom „irgendwie“ abhanden gekommenen Wechsel eigenständige Bedeutung beizumessen – Art. 16 Abs. 2 WG Einfluß auf den fehlerhaften Begebungsvertrag selbst einräumen. Ein derart tiefgehender Bruch mit der Dogmatik des redlichen Erwerbs müßte nachhaltiger abgesichert werden als durch den gar nicht zwingenden Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 WG, der sich letztendlich selbst gegen die Ausweitung auf das dingliche Geschäft<sup>143</sup> wendet: Spricht er doch von „einem früheren Inha-

<sup>141</sup> Prinzipiell sind die §§ 929 ff. BGB, mit ihnen die §§ 932 ff. BGB auch für den durch Indossament übertragenen Wechsel einschlägig; vgl. etwa *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2 b aa; uneinheitlich *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 11, 1 einerseits, Art. 16, 8 andererseits; vgl. genauer oben § 8 Fn. 83 und 84.

<sup>142</sup> Die dem deutschen Recht geläufigen Unterschiede zwischen freiwilliger Hergabe und unfreiwilligem Verlust zu beseitigen (so die Interpretation von *Henrichs*, Wechselwerber S. 115 unter nicht näher belegter Berufung auf die Gesetzgeber) hätte nur dann Folgen gehabt, wenn Art. 16 Abs. 2 WG *nicht* den Einwand des Abhandenkommens abschnitte; dann wäre der redliche Erwerb im Vergleich zu § 935 Abs. 1 BGB wesentlich eingeschränkt, wenn nicht ganz ausgeschlossen. Da Art. 16 Abs. 2 WG auch abhanden gekommene Wechsel unter den Schutz des redlichen Erwerbs stellt, bleibt der Unterschied aber von vornherein ohne Konsequenzen.

<sup>143</sup> So etwa BGH NJW 1951, 402; *Düringer/Hachenburg/Breit*, § 365, 10; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 244 f.; *U. Huber*, Festschrift für Flume II S. 117, die Mängel des Begebungsvertrages durch guten Glauben heilen wollen; wohl auch *Baumbach/Hefermehl*, WG



ber“, was nichts anderes besagen kann, als daß nicht Fehler des letzten, sondern nur Mängel früherer Begebungsverträge thematisiert werden.<sup>144</sup>

c) Die Rückabwicklung angesichts des fehlerhaften obligatorischen Geschäfts

Die Verfechter einer extensiven Interpretation des Art. 16 Abs. 2 WG hegen die Vermutung, sie könnten und müßten mit dem erweiterten Verkehrsschutz den Interessen des Indossatars Rechnung tragen.<sup>145</sup> Der Versuch bleibt zwangsläufig auf halbem Weg stecken, weil ein noch so ausgreifend verstandener Art. 16 Abs. 2 WG keine Handhabe bietet, über Mängel hinwegzuhelfen, die von der Erwerberseite herrühren.<sup>146</sup> So konsequent das beim Institut des redlichen Erwerbs als Lösungsmuster für das Dreipersonenverhältnis ist, in dem nur fehlendes Eigentum bzw. fehlende Verfügungsmacht des Veräußerers überwunden werden, so wenig paßt es in den Zusammenhang einer Norm, die – angeblich wegen des Schutzbedürfnisses des Empfängers – auch Defizite des Begebungsvertrages selbst salvieren will. Der geschäftsunfähige Indossatar bedarf der Unterstützung in zumindest gleichem Maße wie derjenige, der mit einem geschäftsunfähigen Indossanten kontrahiert.

Höchst zweifelhaft ist der Gewinn, den man aus der Erstreckung des Art. 16 Abs. 2 WG auf den mangelhaften Begebungsvertrag ziehen kann. Das Kausalgeschäft ist bei Minderjährigkeit des Begebenden schwebend unwirksam, fällt endgültig weg, sobald der gesetzliche Vertreter seine Genehmigung verweigert hat. Dasselbe Schicksal ist der schuldrechtlichen Abrede über die Pflicht zur Hingabe des Wechsels bestimmt, soweit man sie zusätzlich zum normalen Kausalgeschäft, etwa einem Kauf, für notwendig erachtet.<sup>147</sup> Fehlt der Rechtsgrund, hat der Indossatar stets der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gewärtig zu sein, dann nützt der redliche Erwerb nur seinen Gläubigern, soweit es ihnen gelingt, dem Indossanten mit Vollstreckungsmaßnahmen zuzukommen, sowie den Einzelrechtsnachfolgern des Erwerbers, die unabhängig von ihrem guten Glauben Inhaber des Wechsels

---

Art. 16, 9, der im Anschluß an die genannte Definition zum Schicksal des Begebungsvertrags überschwenkt.

<sup>144</sup> Darauf macht schon *Jacobi*, Wechsel- und Scheckrecht S. 59 f. aufmerksam.

<sup>145</sup> *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 10 unter d; *Henrichs*, Wechselerwerber S. 166 für den falsus procurator, S. 184 für den Erwerb vom Minderjährigen; ähnlich *Schlegelberger/Hefermehl*, § 365, 22; MünchKomm/Gitter, vor § 104, 66.

<sup>146</sup> *Schlegelberger/Hefermehl*, § 365, 23; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 10 unter d; *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 237.

<sup>147</sup> So z.B. *Hueck/Canaris*, § 17 I 1 a; *Canaris*, JuS 1971, 446; *Baumbach/Hefermehl*, WG Einleitung Rdn. 38; *Bulla*, JuS 1983, 757 Fn. 13; für jedes abstrakte Schuldversprechen MünchKomm/Lieb, § 812, 313 mwN.; *Staudinger/Lorenz*, § 812, 15; *Reuter/Martinek*, § 4 III 2 = S. 119 f.; *Zeiss*, AcP 164, 71 ff.

Die h. M. sieht als Rechtsgrund die Forderung aus dem Kausalgeschäft, also etwa dem Kauf; vgl. etwa *Köhler*, WM 1977, 245; *Zöllner*, ZHR 148, 321; *ders.*, Wertpapierrecht § 5 II, der die Begebungsabrede als Leistungszweckbestimmung auffaßt; von vertraglicher Zweckbestimmung spricht BGHZ 85, 346, 348 f. Den Unterschieden braucht hier im Detail nicht nachgegangen zu werden (vgl. dazu ausführlich beispielsweise *Zöllner*, ZHR 148, 318 ff.).

werden, da sie mit dem Berechtigten kontrahieren.<sup>148</sup> Der Indossatar hingegen, zu dessen Sicherung Art. 16 Abs. 2 WG ausgeweitet wurde, geht leer aus. Der Zugriff auf die Vormänner des Indossanten bleibt zwar zunächst möglich,<sup>149</sup> führt aber nicht weiter: Kann ihn der Indossant doch durch die Kondiktion jederzeit zu Fall bringen, ist doch der Erlös auch nach Einziehung wegen § 818 Abs. 2 BGB an den Indossanten abzuliefern.

Das Kausalgeschäft ist keineswegs nur bei Minderjährigkeit des Indossanten oder wirksamer Anfechtung aufgrund von Willensmängeln nichtig. Die nach Konkursöffnung übernommene Verpflichtung, einen Massegegenstand zu übereignen, trifft nur den handelnden Gemeinschuldner, nicht dagegen die Masse.<sup>150</sup> Der Vertreter ohne Vertretungsmacht ist nur selbst verpflichtet, ohne daß er seinen Geschäftsherrn binden konnte.<sup>151</sup> Hierher gehört auch der Irrtum über die Identität des Geschäftsegners. Das Handeln unter fremdem Namen ist, soweit nicht ausnahmsweise der angebliche Name wegen des marginalen Umfangs des Geschäftes in den Hintergrund tritt, als, zumindest wie eine Vertretung ohne Vertretungsmacht einzustufen.<sup>152</sup> Andererseits ist redlicher Erwerb selbst nach den Maximen der h. M. nur

<sup>148</sup> GroßKomm/Canaris, § 365, 20 für Minderjährigkeit, Willensmängel und fehlende Verfügungsbefugnis des Indossanten; Nitschke, JuS 1968, 544 für Minderjährigkeit; Harms, Wertpapierrecht S. 81; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 245 f. Daß die Kondiktion möglich ist, räumt auch Baumbach/Hefermehl, WG Art. 16, 10 unter d ein, ohne hieraus Konsequenzen zu ziehen; ebenso MünchKomm/Gitter, vor § 104, 66.

<sup>149</sup> Mit ihm begründet MünchKomm/Gitter, vor § 104, 66 die Notwendigkeit, redlichen Erwerb zuzulassen.

<sup>150</sup> Jaeger/Henckel, KO § 7, 16; Kuhn/Uhlenbruck, KO § 6, 3; wohl auch Baur/Stürner, Rdn. 981. Die Handlungen des Gemeinschuldners entsprechen unter diesem Aspekt weitgehend denen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht.

<sup>151</sup> Für den parallel liegenden Streit bei § 366 Abs. 1 HGB will K. Schmidt, JuS 1987, 939 kondiktionsfreien Erwerb postulieren, auch wenn dem Handelnden die Vertretungsmacht fehlen sollte. Verweigere der (angeblich) Vertretene die Genehmigung, so könne der Gegner nach § 179 Abs. 1 BGB vom Vertreter Erfüllung verlangen. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis sieht K. Schmidt (wohl) als Rechtsgrund iS. des § 812 BGB an, was kondiktionsfreien Erwerb ermögliche. Angesichts der zahlreichen berechtigten Einwände (vgl. etwa M. Reinicke, AcP 189, 93 ff.) kann die Kritik kurz ausfallen: Schwierigkeiten sind programmiert für den Fall des § 179 Abs. 2 BGB; kondiktionsfest wäre der Erwerb nicht, soweit der falsus procurator gutgläubig war, sondern nur bei dessen Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht. Da der Gegner nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB schon bei leichter Fahrlässigkeit nicht geschützt ist (Soergel/Leptien, § 179, 19), würde eine Diskrepanz zum redlichen Erwerb geschaffen, bei dem nur grobe Fahrlässigkeit schadet. Ferner ist nicht ersichtlich, wieso ein Rechtsgrund zwischen dem Vertreter und dem Erwerber die Kondiktion des angeblich Vertretenen soll sperren können; dieser Rechtsgrund wirkt doch nur relativ und deckt nicht die Übereignung vom Vertretenen – und eben nicht, wie in sonstigen Fällen des redlichen Erwerbs von demjenigen, der die Willenserklärung abgibt – auf den Erwerber, die aufgrund des guten Glaubens an die Vertretungsmacht wirksam sein soll. Probleme tauchen schließlich beim Rückgriff des Vertretenen gegen den Vertreter auf; § 816 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, da der Vertretene und nicht der Vertreter verfügt, soweit der gute Glaube an die Vollmacht geschützt ist (vgl. dazu oben § 2 I 1 a (1)).

<sup>152</sup> RGZ 145, 87, 91; BGHZ 45, 193, 195 f.; implizit auch BGH LM Nr. 1, 2, 3 zu Art. 7 WG anläßlich der Frage, ob das Auftreten unter fremdem Namen genehmigt war; Palandt/Hein-

möglich, wenn der Erwerber den Unterzeichner für den im Wechsel Legitimierten hielt und halten durfte. Da er auch den schuldrechtlichen Vertrag mit dem Namens-träger schließen will, scheidet ein Eigengeschäft des Handelnden aus. Damit klaffen obligatorischer und dinglicher Vertrag stets auseinander.<sup>153</sup> Während die Verpflichtung den Handelnden jeweils persönlich trifft, sind Parteien des Vollzugsgeschäfts der Berechtigte und der Indossatar. Einem Erwerb vom Legitimierten, dem vermeintlich Vertretenen, fehlt die schuldrechtliche Basis; von dem Handelnden aber, mit dem ihn allenfalls ein obligatorisches Geschäft verbindet, will der Indossatar gerade nicht erwerben.

Der Versuch, sich dem Dilemma durch eine Ausweitung des Art. 16 Abs. 2 WG zu entziehen, ihn zusätzlich als Konditionssperre auszubauen – wie vereinzelt gefordert –<sup>154</sup> zeugt in seiner radikalen Konsequenz, die aber allein sich eignet, die Unge-reimtheiten zu glätten, nur ein weiteres Mal vom Mißgriff des gesamten theoretischen Ansatzes. Die ausdifferenzierte Rechtsgeschäftslehre wird aus den Angeln gehoben, um die Prämisse zu retten. Wieso sollte denn ein Kaufvertrag nur deshalb nicht mehr angefochten werden können, weil der Käufer erfüllungshalber einen Wechsel indos-siert und der Verkäufer den Irrtum seines Partners nicht bemerkt hatte?<sup>155</sup>

---

*richs*, § 164, 1d; MünchKomm/*Thiele*, § 164, 34; *Soergel/Leptien*, § 164, 23; *Staudinger/Dilcher*, vor § 164, 91; *Larenz*, AT § 30 II b = S. 606; *Flume*, II § 44 IV; *Medicus*, AT Rdn. 908; *Hübner*, AT Rdn. 632; *Lieb*, JuS 1967, 108 ff.

<sup>153</sup> Eine zu vernachlässigende Ausnahme liegt nur vor, wenn die Vollmacht für das obligato-rische Geschäft weiter reichen sollte als diejenige für das dingliche.

<sup>154</sup> So noch *Staub/Stranz*, WO<sup>9</sup> Art. 74, 13; *Düringer/Hachenburg/Breit*, § 365, 11 (sogar für § 816 Abs. 1 S. 2 BGB); *Baumbach/Duden/Hopt*, § 365, 3; ebenso mit rein ergebnisorien-tierter Argumentation *U. Huber*, Festschrift für Flume II S. 117 Fn. 127, der Bereicherungs-an-sprüche des Geschäftsunfähigen abschneidet, da sonst der Schutz des redlichen Erwerbers wenig wert wäre; ablehnend *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 246; sowie schon früher *Henrichs*, Wechselrwerber S. 169 f. mit ausführlicher Darstellung.

<sup>155</sup> Einen ähnlichen Fehler, nur in einem anderen Gewand, begehen Anhänger der h. M., die, um einem bloß vorläufigen Effekt des redlichen Erwerbs zu entgehen, über die Saldotheorie die an den falsus procurator gezahlte Gegenleistung absetzen wollen (OLG Hamm WM 1982, 833, 834; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 246 f.; *Henrichs*, Wechselrwerber S. 173 ff.; *M. Reinicke*, AcP 189, 92); gleiches soll gar bei redlichem Erwerb des Partners eines Geschäfts-unfähigen gelten (*Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 247; *Henrichs*, Wechselrwerber S. 183 ff.). Daß das allen im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB gültigen Zurechnungsregeln unabhängig von der Stellungnahme zur Saldotheorie und modifizierten Zweikonditionentheorie widerspricht, braucht kaum noch erwähnt zu werden. Dies aus Art. 16 Abs. 2 WG zu deduzieren, da der Schutz sonst ins Leere ginge (*Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 247), ist wie der gänzliche Konditionsausschluß eine *petitio principii*; nicht besser ist es um den Hinweis bestellt, da die Kondition wegen des redlichen Erwerbs nicht die Vindikation fortsetze, stehe das Verbot des Abzugs von Leistungen, die an Dritte erbracht seien, nicht im Wege (OLG Hamm WM 1982, 833, 834).

Die Ausstrahlung auf die schuldrechtlichen Verträge höhlt den Schutz des (entreicherten) Minderjährigen bzw. nicht wirksam Vertretenen aus – all das nur infolge des eher zufälligen Umstandes, daß für die Verbindlichkeit ein von einem Dritten stammender Wechsel (oder Scheck) erfüllungshalber begeben wurde. Darüber, daß der redliche Erwerb, obgleich nicht kondiktionsfest, vorwiegend Gläubigern des Indossatars nützt, kann der Vorschlag ohnedies nicht hinweghelfen.

## d) Der Rechtsschein

Der Rechtsschein, der beim Wechsel auf dem Indossament basieren müßte, als Argument für die gesteigerte Umlauffähigkeit<sup>156</sup> endet wie so oft in der Sackgasse. Wird er ohnehin überschätzt, so besagt er unstreitig über Volljährigkeit des Indossanten oder Mängel des Begebungsvertrages ebenso wenig wie darüber, ob der Indossant in Konkurs gefallen ist oder nicht.<sup>157</sup> Zumindest verschwommen ist er, wenn er den guten Glauben an die Identität des Unterzeichnenden mit dem Legitimierten abdecken soll.<sup>158</sup> Es bedürfte detaillierter Rechtfertigung, die denn auch im Verkehrsinteresse gesucht wird: Die Unsicherheiten im Gefolge des mangelnden Schutzes könnten Anlaß geben, der Intention des Gesetzes zuwider das Namensdurch das Blankoindossament zu verdrängen.<sup>159</sup> Der Effekt, sollte er eintreten, wäre im Gesetz angelegt, aber auch mit der bewußten Übernahme des Risikos durch den späteren Indossanten zu begründen. Indem er ein Blanko- anstatt eines Namensindossaments akzeptiert, hält er sich die Möglichkeit offen, den Wechsel zu begeben, ohne selbst später daraus in Anspruch genommen werden zu können, beschwört jedoch im Gegenzug die Gefahr herauf, sein Recht durch die Verfügung eines Nichtberechtigten einzubüßen. Soweit schließlich ein Vertreter ohne Vertretungsmacht formell legitimiert ist,<sup>160</sup> passen im Einzelfall die Regeln über die Scheinvollmacht, während man auf dem zusätzlichen Privileg, das der redliche Erwerb ermöglichen könnte, nicht zu bestehen braucht.<sup>161</sup> Es gewährt beileibe nicht eine weitergehende Sicherheit, garantiert für sich allein gesehen dem Indossatar keine abgeschirmte Position, sondern läßt, wie bei einer Identitätstäuschung, die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung offen.

Auch in einem Modell, das den Rechtsschein in den Vordergrund rückt, kann das Orderpapier keinen umfanglicheren Schutz verbürgen als die mit mindestens eben-

<sup>156</sup> So etwa *Schlegelberger/Hefermehl*, § 365, 22; *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 10 unter c für den redlichen Erwerb vom Minderjährigen.

<sup>157</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 365, 20; *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc; *Wiegand*, JuS 1974, 550.

<sup>158</sup> So etwa *Baumbach/Hefermehl*, WG Art. 16, 10 unter b; ablehnend *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc, der den Besitz als Rechtsscheingrundlage favorisiert.

<sup>159</sup> *GroßKomm/Canaris*, § 365, 19; *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc, der den Vergleich mit dem Inhaberpapier zieht; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (4) weist auf die Behinderung des Bankenverkehrs hin, wollte man den guten Glauben an die Identität nicht schützen.

<sup>160</sup> Nur dann kommt redlicher Erwerb in Frage; man kann nicht die formelle Legitimation desjenigen verlangen, der als Eigentümer auftritt, bei einem (angeblichen) Vertreter aber darauf verzichten; vgl. nur *GroßKomm/Canaris*, § 365, 18; *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc; a. A. *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (2), der indes nicht erklärt, wieso angesichts eines Rechtsscheins, der auf den Vertretenen deutet, der gute Glaube an die Vollmacht des vorgeblichen Vertreters geschützt sein soll.

<sup>161</sup> A. A. *GroßKomm/Canaris*, § 365, 18, der beide Institute nebeneinander anwenden will. In allen Fällen formeller Legitimation dürfte indessen die Scheinvollmacht genügen. Die Nachforschungspflicht kann bei der Scheinvollmacht nicht strenger gefaßt sein als für den redlichen Erwerb. – Unberührt bleibt ferner die Verfügung im eigenen Namen des durch ein Vollindossament Legitimierten.

bürtiger Umlauffähigkeit ausgestatteten Inhaberpapiere<sup>162</sup> oder gar die hinsichtlich der Redlichkeit noch anspruchslösere Norm des § 892 BGB als eines weiteren Beispiels des „reinen Rechtsscheinsprinzips“.<sup>163</sup> Während Inhaberpapiere an den bloßen Besitz anknüpfen können, muß bei den Orderpapieren der Verfügende formell legitimiert sein, soll die Übereignung nicht von vornherein ins Leere gehen. Der abgeschwächten Reichweite eine Ausdehnung des Verkehrsschutzes auf zusätzliche Mängel entgegenzustellen entbehrt daher der sachlichen Rechtfertigung, nicht nur, soweit es um Geschäftsfähigkeit des Indossanten geht,<sup>164</sup> sondern bei jedem Mangel des Begebungsvertrages, der sich nicht in der fehlenden Berechtigung des Gebers erschöpft. Wenn dabei, verglichen mit den Inhaberpapieren, der Schutzzumfang zurückgeschnitten wird, weil es dort naturgemäß nur in Ausnahmefällen zu einem Irrtum über die Identität des Veräußerers kommen kann, so trifft man lediglich auf eine notwendige Konsequenz der Gestaltung der Papiere. Auch im System des Besitzes als des Rechtsscheinträgers deutet der Inhaberschein auf den jeweiligen Besitzer, das Orderpapier nur, sofern auch die Indossamentenkette bei ihm endet. In die richtige Ordnung gebracht, die statt des Besitzes die Besitzverschaffungsmacht akzentuiert: genügt einmal die bloße Überlassung des Besitzes, so muß beim Orderpapier die auf den Erwerber reichende Reihe ordnungsgemäßer Indossamente<sup>165</sup> hinzukommen.<sup>166</sup>

<sup>162</sup> GroßKomm/Canaris, § 365, 20; vgl. speziell für die Frage der Minderjährigkeit auch die Nachw. in Fn. 164. Die Ansicht von *Ulmer*, Recht der Wertpapiere S. 80, der Verkehrsschutz reiche bei Orderpapieren weiter als bei Inhaberpapieren, stützt sich als Begründung gerade auf die Erstreckung auf fehlende Vertretungsmacht etc., erhebt also das Ergebnis zur Prämisse. Dagegen spricht nicht zuletzt, daß der Blankowechsel, obgleich einem Inhaberpapier stark angenähert (vgl. statt aller *Hueck/Canaris*, § 8 VI 1), stärker als dieses redlichen Erwerb vermitteln könnte. Der Wechsel hat allenfalls die Verkehrsfreundlichkeit eines Inhaberpapiers, jedoch keine umfangreichere. – Ohne Begründung will freilich *Baumbach/Hefermehl*, SchG Art. 21, 1 den Verkehrsschutz beim Scheck – und parallel dazu beim Wechsel – weiter ziehen als im BGB; er diskutiert die Kollision mit dem Recht der Inhaberpapiere (§ 935 Abs. 2 BGB) nicht.

<sup>163</sup> Daß § 892 BGB nicht beliebige Fehler des dinglichen Vertrages überbrückt, sondern nur die mangelnde Befugnis des Veräußerers, dürfte im wesentlichen außer Streit stehen; vgl. etwa *Wiegand*, JuS 1978, 147; RGZ 128, 276, 279; sowie für die Identitätstäuschung schon Mot. III 213 = Mugdan III 118.

<sup>164</sup> Darauf beschränken sich *Hueck/Canaris*, § 8 IV 2b cc; *Hueck*, Wertpapierrecht<sup>10</sup> S. 51; *Zöllner*, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (5); *Locher*, Recht der Wertpapiere S. 110; *Nitschke*, JuS 1968, 544.

<sup>165</sup> Wobei eine Unterbrechung nicht schadet, soweit der Nachweis gelingt, der betreffende Erwerbsvorgang sei wirksam vollzogen worden (vgl. statt aller GroßKomm/Canaris, § 365, 12).

<sup>166</sup> Schon der – zugegebenermaßen nicht auf die Goldwaage zu legende – Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 WG rückt die Besitzverschaffungsmacht iVm. der ordnungsgemäßen Indossamentenkette in den Blickpunkt. Der Erwerber muß neben dem Besitz die formelle Legitimation erhalten, während die Position des Indossanten in den Hintergrund tritt, wenngleich eine § 934 Fall 2 BGB vergleichbare Konstellation wegen der Notwendigkeit formeller Legitimation durch die ununterbrochene Reihe die Ausnahme bilden dürfte.

e) Die Erweiterung des redlichen Erwerbs auf den Fall der fehlenden Verfügungsbefugnis

Die Funktion des redlichen Erwerbs eines Wechsels als des Paradigmas eines Orderpapiers schätzt die h.M. also erheblich zu optimistisch ein. Angemessen ist lediglich eine Ausweitung des Schutzes auf die mangelnde Verfügungsbefugnis des Wechselinhabers.<sup>167</sup> Da es um die Lösung des Konflikts zwischen dem an der Veräußerung nicht beteiligten Eigentümer und dem Erwerber, also ein Dreipersonenverhältnis geht, sind die Ungereimtheiten nicht zu gewärtigen, die das Konzept der h.M. ansonsten zum Scheitern verurteilt hatten. Das Verpflichtungsgeschäft ist wirksam, der Makel des Begebungsvertrages beschränkt sich auf fehlendes Eigentum. § 366 HGB zumindest analog zu Rate zu ziehen, auch wenn der Indossant nicht zu den Kaufleuten zählt, findet seinen Rückhalt denn tatsächlich im erhöhten Bedürfnis des Verkehrs, solche Defekte auszublenden. Ist das Voll- anstelle des bloßen Treuhandindossaments weit verbreitet, um dem Nehmer Verfügungsmacht einzuräumen,<sup>168</sup> darf das Vorhaben nicht dadurch unterlaufen werden, daß man den Schutz des redlichen Erwerbs reduziert.

Das Anwendungsgebiet nimmt sich gleichwohl bescheiden aus. Ein weiteres Giro erfordert vorab, daß der (scheinbar) Ermächtigte durch ein Blanko- oder zumindest ein verdecktes Vollmachtsindossament ausgewiesen ist,<sup>169</sup> was zugleich die Möglichkeit eröffnet, den Wechsel als (scheinbarer) Eigentümer zu veräußern. Die bloße Rechtsmacht, über den Wechsel als Nichteigentümer zu verfügen, dürfte sich zudem regelmäßig auf die Einziehung beschränken; daß der legitimierte Inhaber den Wechsel lediglich mit Ermächtigung des Eigentümers indossiert, ist unwahrscheinlich, da er sich zwar der wechselmäßigen Haftung aussetzt, aber keinen weiteren Rückgriff nehmen kann, zumindest solange die Rechtsprechung auf der Meinung beharrt, beim Rücklauf lebten die früheren Rechte wieder auf, demgemäß sei nur ein früherer Eigentümer regreßberechtigt.<sup>170</sup> Dürfte daher schon bloße Verfügungsbefugnis anstatt des Eigentums in der Realität kaum behauptet werden, so müßte eine solche Beteuerung zumindest den Argwohn des Erwerbers wecken, was denn seinen Partner zu solch ungewöhnlichem Procedere motiviert habe. Das bringt die Obliegenheit, nähere Erkundigungen einzuziehen, mit sich, soll der Erwerb nicht schon an der Unredlichkeit scheitern.

<sup>167</sup> Wie sie auch die h.M. befürwortet; vgl. nur GroßKomm/Canaris, § 365, 17; Hueck/Canaris, § 8 IV 2b cc; Baumbach/Hefermehl, WG Art. 16, 10 unter b; Zöllner, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (1); Brox, Handelsrecht Rdn. 568; Wiegand, JuS 1974, 550.

<sup>168</sup> GroßKomm/Canaris, § 365, 17.

<sup>169</sup> Vgl. nur Hueck/Canaris, § 8 VIII 3; Zöllner, Wertpapierrecht § 14 VI 1 c bb (1).

<sup>170</sup> Hueck/Canaris, § 8 VIII 3; zur Ansicht der Rechtsprechung zum Rückerwerb im Regreßweg vgl. etwa RGZ 117, 69, 75.

## 5. Kapitel Der redliche Erwerb kraft „öffentlichen Glaubens“

### § 10 Der redliche Erwerb im Liegenschaftsrecht

#### I. Die Veranlassung der Eintragung des Erwerbers

##### 1. Vertrauen in das Grundbuch?

Die grundlegende Fragestellung nach der Basis des redlichen Erwerbs kehrt wieder im Liegenschaftsrecht des BGB. Der Wortlaut des § 892 BGB – nur auf den ersten Blick eindeutig – scheint zum Schutz des konkreten Vertrauens zu tendieren, das sich nicht einmal durch eine § 935 Abs. 1 BGB vergleichbare Vorschrift korrigieren lassen muß. Das „reine Rechtsscheinprinzip“ als Konkretisierung des Vertrauensschutzes ohne das Erfordernis der Zurechnung<sup>1</sup> vermag indes weniger zu erklären, als es zunächst den Anschein hat.

Ein Konzept, das den Schutz des Erwerbers auf sein Vertrauen in den vom Grundbuch gesetzten Rechtsschein gründet, kann der Kausalität dieses Rechtsscheins im doppelten Sinne nicht entraten. Das Vertrauen muß durch die Kenntnis des Rechtsscheintatbestandes erst geweckt werden und den Erwerber zur Vornahme des Geschäfts motivieren.<sup>2</sup> Unter dem Gesichtspunkt, daß derjenige, der den Rechtsschein nicht kenne, der sich statt dessen von anderen Beweggründen leiten lasse, nicht die inneren Voraussetzungen gewährleiste, die erst imstande seien, die Verkehrsschutzregeln zu rechtfertigen,<sup>3</sup> konsequent, bestand das RG in einer kurz nach Inkrafttreten des BGB erlassenen Entscheidung auf dem Ursachenzusammen-

---

<sup>1</sup> So etwa *Erman/Hagen*, § 892, 2f.; *RGRK/Augustin*, § 892, 1; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 4; *Staudinger/Gursky*, § 892, 6 (vgl. aber auch Fn. 8); *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 471 (vgl. aber *ders.*, S. 508); *Westermann/Eickmann*, § 101 I 1; *Westermann*, JuS 1963, 6; *Wiegand*, JuS 1975, 205, 207f.; *ders.*, JuS 1978, 146; von Rechtsscheinwirkung sprechen *Palandt/Bassenge*, § 892, 1a; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892f., 2; *Baur*, § 23 I 2b; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 IV 2a; ähnlich (für § 891 BGB) *Köndgen*, Selbstbindung S. 99; von Vertrauensschutz ist die Rede z. B. bei *Soergel/Baur*, § 892, 1 (signifikant ferner § 892, 46: Wer auf das Grundbuch vertraut); *Baur*, § 23 V 2; *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdn. 343; auf öffentlichen Glauben berufen sich *StudK/M. Wolf*, § 892 I; *Rosenberg*, § 892 vor I; *Wolff/Raiser*, § 45 vor I; *Schwab*, Sachenrecht § 16 IV vor 1; *v. Tuhr*, II 1 S. 136; von der Zeichenfunktion der Eintragung spricht *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892f., 6; vom Rechtszeichen *Heck*, Sachenrecht § 29 I b; skeptisch schon *Enneccerus/Nipperdey*, § 80 II 3; ablehnend wohl *Jauernig*, § 892, 6d; BGH NJW 1980, 2413, 2414 verneint ausdrücklich die Notwendigkeit konkreten Vertrauens; vgl. ferner die Nachw. in Fn. 8–14.

<sup>2</sup> Vgl. nur die Darstellung bei *Wiegand*, JuS 1978, 149.

<sup>3</sup> RGZ 61, 195, 202f.; nunmehr wieder *Wiegand*, JuS 1978, 149.

hang; ja es scheint das Postulat konkreten Vertrauens schon bis an seine Grenze zu belasten, daß das Gericht immerhin konzedierte, es sei, wenn auch widerlegbar, zu vermuten, der Erwerber habe im Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs gehandelt.<sup>4</sup> Der abweichende Wille des Gesetzgebers, der sich bereits in der Bemerkung des Redaktors niederschlägt, man begreife den guten Glauben als stillschweigende Voraussetzung, nicht aber als Erfordernis der Berufung auf den öffentlichen Glauben des Buches,<sup>5</sup> der sich aber auch in dem Hinweis der Motive wiederfindet, der Inhalt des Buches sei dem Beteiligten als bekannt geworden anzusehen, auch wenn die Einsicht unterblieben sei,<sup>6</sup> hätte der besseren Einsicht in das System einer Rechtsscheinhaftung zu weichen, die auf konkretem Vertrauen fundiert ist.

Spätestens mit dem Erfordernis der Investition kommt man nicht mehr zurecht, wenn man nicht, in deutlichem Widerspruch zu § 892 BGB, den bloßen Abschluß des obligatorischen Vertrages oder die Kaufpreiszahlung ausreichen lassen will. Folgerichtig setzt sich heute die ganz h. M. vom Konzept als solchem ab, verzichtet darauf, daß der Erwerber das Grundbuch einsieht und gestützt auf seine Kenntnis das Rechtsgeschäft tätigt.<sup>7</sup>

Über Schwierigkeiten in der Begründung sollte die weitgehende Einigkeit nicht hinwegtäuschen. Zu enge Anlehnung an individuelles Vertrauen als innere Rechtfertigung schimmert immer wieder durch, wenn das Ergebnis mehr paraphrasiert, denn deduziert wird: Nicht reales, sondern nur potentiell Vertrauen, das die Kausalität unterstellen dürfe, werde geschützt,<sup>8</sup> dieser Regelungsgrund habe sich jedoch nicht

<sup>4</sup> RGZ 61, 195, 202; offen gelassen in RGZ 74, 416, 420; konkretes Vertrauen fordert auch *Schmelzeisen*, AcP 151, 461 f. *Wiegand*, JuS 1978, 149 f. stimmt dem Ansatz zu, will aber auf die Kenntnis mit Rücksicht auf die §§ 21 BeurkG, 39 GBO verzichten, was angesichts der von ihm in den Vordergrund gerückten inneren Voraussetzung der doppelten Kausalität zumindest nicht unproblematisch ist, zu Ende gedacht auch späteren, vor Eintragung des Erwerbers sich vollziehenden Änderungen des Grundbuchs ihre Rolle – entgegen *Wiegand*, aaO. – unabhängig von der Kenntnis des Erwerbers belassen müßte.

<sup>5</sup> *Johow*, S. 237 bei *Schubert*, S. 361.

<sup>6</sup> Mot. III 212 f. = *Mugdan* III 117 f.

<sup>7</sup> RGZ 86, 353, 356 unter Aufgabe von RGZ 61, 195, 202 ff.; RG JW 1927, 44, 45; BGH NJW 1980, 2413, 2414; OLG Hamm OLGE 31, 313, 314; KG JW 1926, 2215, 2216; BayObLGZ 6, 588, 592; OLG Stuttgart WürttJ 1927, 186, 188; *Jauernig*, 892, 6 d; *Palandt/Bassenge*, § 892, 4 b cc; *Erman/Hagen*, § 892, 3; AK/L. v. *Schweinitz*, §§ 892 f., 13, 83; RGRK/*Augustin*, § 892, 82, 96; MünchKomm/Wacke, § 892, 48; *Staudinger/Gursky*, § 892, 6, 146 mwN.; *Planck/Strecker*, § 892 II 2 vor a; *Strecker*, DR 1921, 183 f. („dem Zwecke der Bucheintragung entsprechend“); *Rosenberg*, § 892 II 4 e; *Biermann*, § 892, 8 e; *Baur*, § 23 IV 1 a; *Westermann/Eickmann*, § 101 II 4; *Wolff/Raiser*, § 45 I 5 b; *Eichler*, I S. 126 Fn. 150; v. *Tuhr*, II 1 S. 136 Fn. 71; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht § 8 IV 2 a; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 92; *Lutter*, AcP 164, 166; *Boehmer*, JZ 1952, 574; *Brandis*, JW 1929, 3275; auch noch *Wiegand*, JuS 1975, 209; im Ergebnis auch *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 508.

<sup>8</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 6. – *Ders.*, § 892, 146; *ders.*, BWNotZ 1986, 59 meint, die Formulierung des § 892 BGB, die Unredlichkeit als Hinderungsgrund gutgläubigen Erwerbs ausweise und nicht positiv Redlichkeit fordere, mache zugleich deutlich, daß Kausalität zwischen dem Grundbuchstand und dem Entschluß des Erwerbers, das Geschäft abzuschließen, unnötig sei. Das ist irrig: Aus der Verteilung der Beweislast kann nicht zwingend auf die Notwendigkeit der Kausalität des Rechtsscheins geschlossen werden.



zu einem Tatbestandselement verdichtet.<sup>9</sup> Das geht so weit, daß das RG § 892 BGB als Fiktion auslegt, der Erwerber habe sich auf die Verlautbarung des Grundbuchs eingestellt – eine Fiktion, die dem Nachweis des Gegenteils nicht zugänglich sei<sup>10</sup> –, oder daß angenommen wird, das Gesetz unterstelle unwiderlegbar, der Erwerber habe sich nach der Lebenserfahrung mit dem konkreten Buchstand vertraut gemacht.<sup>11</sup> Den endgültigen Bruch mit individuellem Vertrauen auf einen erkennbaren Rechtsschein signalisieren Formulierungen, die an die objektive Verlässlichkeit der amtlichen Verlautbarung anknüpfen,<sup>12</sup> die Rechtssicherheit und den öffentlichen Glauben betonen, die es verböten, vom Erwerber den Nachweis zu fordern, er sei durch das Grundbuch zum Geschäft motiviert worden,<sup>13</sup> oder die den absoluten Verkehrsschutz als Ziel der Vorschrift charakterisieren.<sup>14</sup>

## 2. Die Funktion des § 39 GBO

Mit der objektiven Verlässlichkeit des Grundbuchs als Fundament des redlichen Erwerbs ist die Richtung ebenso angedeutet wie mit dem Hinweis auf den Schutz des Verkehrs. Er reflektiert nicht konkretes Vertrauen des Käufers in eine von ihm erst zu ermittelnde Grundbuchposition und eine darauf aufbauende Investition. Er bedarf nur der auch ansonsten unabdingbaren dinglichen Einigung verbunden mit der Fähigkeit des Veräußerers, seinem Partner zur Eintragung ins Grundbuch zu verhelfen. Da nach § 39 Abs. 1 GBO die Eintragung nur vollzogen werden soll, wenn der durch sie Betroffene im Grundbuch ausgewiesen ist, gewährleistet das Grundbuchamt den ordnungsgemäßen Ablauf der Eigentumsumschreibung, ohne daß es konkreten Vertrauens bedürfte.

### a) Der Erwerb vom Berechtigten

Beim Erwerb vom Berechtigten reduziert sich der Stellenwert des ursprünglichen Grundbuchstandes ohnehin auf ein Minimum. § 873 Abs. 1 BGB spricht nur vom dinglichen Vertrag und der Eintragung des Erwerbers; auf die Voreintragung des

<sup>9</sup> AK/L. v. Schweinitz, §§ 892f., 13; Wolff/Raiser, § 45 I 5b; Lutter, AcP 164, 124, 166; Wiegand, JuS 1975, 209.

<sup>10</sup> RGZ 86, 353, 356; RG JW 1927, 44, 45; KG JW 1926, 2215, 2216; Palandt/Bassenge, § 892, 4b cc; RGRK/Augustin, § 892, 96; Baur, 23 IV 1 a; Brandis, JW 1929, 3275.

<sup>11</sup> MünchKomm/Wacke, § 892, 48.

<sup>12</sup> AK/L. v. Schweinitz, §§ 892f., 13; RGRK/Augustin, § 892, 96 (allgemeines Vertrauen in die Verlässlichkeit des Grundbuchs); Eichler, I S. 126 Fn. 150; Boehmer, Einführung S. 322; ders., JZ 1952, 574.

<sup>13</sup> Mot. III 213 = Mugdan III 118.

<sup>14</sup> AK/L. v. Schweinitz, §§ 892f., 13; Lutter, AcP 164, 124; eine kumulative Verwendung der Topoi findet sich bei Gursky, BW NotZ 1986, 59. Wenn Lutter, aaO. den Verkehrsschutz als zu farblos bezeichnet, als daß er allein den redlichen Erwerb erklären könnte, so mag das richtig sein, ändert sich aber, sobald das Durchgriffsverbot als tragendes Prinzip herausdestilliert ist. Ohnehin ist die Terminologie recht unglücklich. Unter absoluten Verkehrsschutz faßt man gängigerweise diejenigen Fälle, in denen Rechtsfolgen auch zugunsten von bösgläubigen Erwerbern und des Eingetragenen selbst eintreten (vgl. etwa Canaris, Vertrauenshaftung S. 1; K. Schmidt, Handelsrecht § 10 III 2 c jeweils für den Kaufmann kraft Eintragung).

Veräußerers hat der Gesetzgeber bewußt verzichtet.<sup>15</sup> Dem korrespondiert § 39 Abs. 1 GBO in seiner Ausformulierung als Sollvorschrift: Zwar hat sich das Grundbuchamt strikt nach der Norm zu richten;<sup>16</sup> ist sie aber verletzt, schließen sich an den Verstoß keinerlei materiellrechtliche Auswirkungen an,<sup>17</sup> insbesondere braucht die Auflassung nicht wiederholt zu werden. Trotz der Zielsetzung des Grundbuchs, die Entwicklung der Eigentumslage in ihren unterschiedlichen Stationen lückenlos nachzuzeichnen,<sup>18</sup> wäre es übertriebener Formalismus, wenn die Übereignung nichtig wäre und die Parteien den Vertrag erneut zu schließen hätten, um so mehr, als das Prinzip umfassender Dokumentation vom Gesetz selbst durch die §§ 39 Abs. 2, 40 GBO aufgeweicht ist.<sup>19</sup>

#### b) Der Erwerb vom Nichtberechtigten

So unproblematisch liegen die Dinge beim Erwerb vom Nichtberechtigten nicht. Das eindeutige Gebot des § 892 Abs. 1 BGB, der Verfügende müsse im Grundbuch ausgewiesen sein,<sup>20</sup> solle sein Partner geschützt werden, kann § 39 Abs. 1 GBO nicht dadurch ins Gegenteil verkehren, daß er Verstößen keinerlei Bedeutung beimißt. Die Begründung dafür läßt sich bis in die Denkschrift zurückverfolgen. Das Grundbuchamt hat zu unterbinden, daß ein Nichtberechtigter zu Lasten des eingetragenen Eigentümers verfügt.<sup>21</sup> Vor diesem Hintergrund erleichtert § 39 Abs. 1 GBO nicht nur die notwendige Legitimationsprüfung,<sup>22</sup> sondern verwehrt es einem beliebigen Dritten, solange er nicht im Grundbuch erscheint oder sich nicht ausnahmsweise nach den §§ 39 Abs. 2, 40 GBO die Voreintragung erübrigt,<sup>23</sup> das

<sup>15</sup> Prot. III 54 = 3388 = Mugdan III 524.

<sup>16</sup> RGZ 133, 279, 282; BGHZ 16, 101; *Baur*, § 16 IV 2; *Horber/Demharter*, § 39, 1; *KEHE/Herrmann*, § 39, 1; *Meikel/Sievekling*, § 39, 41; a. A. *Meikel/Imhof/Riedel*<sup>6</sup>, § 39, 48; *Weber*, DNotZ 1955, 457f.

<sup>17</sup> RGZ 120, 110, 112f.; 133, 279, 282f.; BayObLGZ 1930, 214, 215; OLG Düsseldorf DNotZ 1954, 601; MünchKomm/Wacke, § 873, 48; *Staudinger/Ertl*, § 873, 159; *Wolff/Raiser*, § 35 III; *Horber/Demharter*, § 39, 1; *KEHE/Herrmann*, § 39, 1; *Meikel/Sievekling*, § 39, 41; *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdn. 9, 136; *Güthe/Triebel*, § 40, 1 a. E.

<sup>18</sup> Mot. III 160 = Mugdan III 89; RGZ 133, 279, 282f.; BGHZ 16, 101; OLG Düsseldorf DNotZ 1954, 601; *Staudinger/Ertl*, § 873, 159; *Baur*, § 16 IV 1; *Wolff/Raiser*, § 35 vor I; *Horber/Demharter*, § 39, 1; *Meikel/Sievekling*, § 39, 1; *Güthe/Triebel*, § 40, 2 unter b; skeptisch *KEHE/Herrmann*, § 39, 2; *Riedel*, DNotZ 1954, 602; a. A. *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdn. 136; *Weber*, DNotZ 1955, 457ff.

<sup>19</sup> *KEHE/Herrmann*, § 39, 2; *Riedel*, DNotZ 1954, 602.

<sup>20</sup> Ebenso *Staudinger/Ertl*, § 873, 159.

<sup>21</sup> Denkschrift III 112 = Mugdan III 966; OLG Düsseldorf DNotZ 1954, 601; *Horber/Demharter*, § 39, 1; *Meikel/Imhof/Riedel*<sup>6</sup>, § 39, 2; *Güthe/Triebel*, § 40, 3 unter a; skeptisch *Weber*, DNotZ 1955, 457; *Meikel/Sievekling*, § 39, 2, demzufolge die Norm nur die Legitimation gegen den Eingetragenen verhindern soll; a. A. *Wolff/Raiser*, § 35 vor I.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf DNotZ 1954, 601; *Horber/Demharter*, § 39, 1; *KEHE/Herrmann*, § 39, 2; *Meikel/Sievekling*, § 39, 2; *Güthe/Triebel*, § 40, 3 unter b; skeptisch *Riedel*, DNotZ 1954, 602; *Weber*, DNotZ 1955, 457; a. A. *Wolff/Raiser*, § 35 vor I.

<sup>23</sup> Siehe hierzu z. B. unten § 10 II 2.

Grundstück trotz fehlender Berechtigung wirksam zu veräußern. Er kann nicht durch seine Bewilligung den Eigentümer aus seiner Position verdrängen.<sup>24</sup>

Mit Blick auf Fallgestaltungen, in denen das Postulat der Voreintragung überzogen wirkt – etwa wenn das Eigentum sogleich weitergereicht werden soll –, zu fordern, es müsse genügen, wenn der Bewilligende eingetragen werden könnte,<sup>25</sup> mag beim Erwerb vom Berechtigten angemessen sein. Verfügt dagegen ein Nichtberechtigter, führt eine solche Konzession nicht weiter: Der Verfügende hätte wegen der Fehler im vorangegangenen dinglichen Geschäft gerade nicht eingetragen werden dürfen; seinem Partner kann er nur dann über redlichen Erwerb zum Eigentum verhelfen, wenn er die Voraussetzungen des § 892 BGB sowie des § 39 Abs. 1 GBO erfüllt.

Die Interpretation des § 39 Abs. 1 GBO als zwingende Norm, sobald ein Nichtberechtigter tätig wird, kehrt mitnichten zu einem Konzept des konkreten Vertrauens zurück. Die ordnungsgemäße Prüfung der Voraussetzungen des Eigentumsübergangs durch das Grundbuchamt entlastet den Erwerber; er selbst braucht sich über den aktuellen Grundbuchstand nicht zu informieren. Dies als mittelbares Vertrauen auf den Rechtsschein zu bezeichnen<sup>26</sup> mag angehen, sollte aber nicht dem Trugschluß Vorschub leisten, auch alle weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung seien zu beachten, oder zum Anlaß genommen werden, darauf zu dringen, der Erwerber müsse über die Verlässlichkeit des Grundbuchamts oder darüber nachgedacht bzw. damit gerechnet haben, der Veräußerer werde die grundbuchmäßige Eintragung zuwege bringen.<sup>27</sup> Ungeachtet der konkreten Vorstellungen des Begünstigten wird sein Erwerb perfekt, soweit ihm die fehlende Rechtsmacht des Verfügenden nicht bekannt war. Die „Eintragungsverschaffungsmacht“ ist integriert in das durchgängige Modell des Verkehrsschutzes, der Fehler vorangegangener dinglicher Verträge kupiert, im Liegenschaftsrecht angesichts der Kontrolle durch das Grundbuchamt den Erwerber von jeder Nachforschungspflicht dispensiert.

## II. Die Konsequenzen

### 1. Die Änderung des Grundbuchstandes zwischen der Einigung und der Eintragung des Erwerbers

War die These, die ausschließlich konkretes Vertrauen zur inneren Rechtfertigung des redlichen Erwerbs erhob, schon im Normalfall in Schwierigkeiten geraten, so versagt sie zur Gänze, wenn sich der Grundbuchstand zwischen der Einigung der Parteien und der Eintragung des Erwerbers ändert.

---

<sup>24</sup> Horber/Dembarter, § 39, 1; Hesse/Saage/Fischer, § 39, 1; Riedel, DNotZ 1954, 603.

<sup>25</sup> Güthe/Triebe, § 40, 3 unter c; Hesse/Saage/Fischer, § 39, 1; Weber, DNotZ 1955, 457; ferner etwa KEHE/Herrmann, § 39, 2.

<sup>26</sup> Canaris, Vertrauenshaftung S. 508; ähnlich Wiegand, JuS 1978, 150; nach Westermann, § 85 II 4 verläßt sich der Erwerber darauf, daß der verfügende Nichtberechtigte grundbuchmäßig in der Lage ist, die rechtsbegründende Eintragung zu veranlassen.

<sup>27</sup> Ob das auch für § 893 BGB gilt, soweit Leistungen an den Buchberechtigten erbracht werden, mag, da nicht zum Thema des redlichen Erwerbs gehörend, offenbleiben.

## a) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach der Einigung

Individuelles Vertrauen als Motiv des Geschäfts hätte sich auf den Zeitpunkt seiner Manifestation in der dinglichen Einigung zu beziehen, derweil spätere Entwicklungen, die erst den Veräußerer im dann unrichtigen Grundbuch dokumentieren, dem Erwerber nicht zustatten kämen. Die Folgerung hat denn zunächst auch das RG gezogen: Dem Grundgedanken des Gesetzes sei zu entnehmen, daß demjenigen der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite stehe, der nicht im Vertrauen auf seine Richtigkeit habe handeln können, und zwar deshalb, weil der Inhalt zur Zeit des den Erwerb vermittelnden Rechtsgeschäfts nicht für, sondern gegen das Bestehen des vom Erwerb betroffenen Rechts gesprochen habe.<sup>28</sup> Auch für diesen Bereich hat die spätere Rechtsprechung des RG den Umschwung gebracht, eine Korrektur, der die Literatur fast ohne Ausnahme ihren Beifall zollt.<sup>29</sup>

Obgleich häufig mit je unterschiedlicher Intention diskutiert, steuert § 892 Abs. 2 BGB nichts zur Aufhellung des Problems bei; weder läßt sich behaupten, er schließe

<sup>28</sup> RGZ 74, 416, 420; 89, 152, 161 f. (wenig später stellt freilich das Gericht auf den Buchstand zur Zeit der Vollendung des Erwerbs ab; vgl. zu diesem argumentativen Bruch *Boehmer*, DJZ 1927, 1519 f. sowie die Andeutungen in RGZ 116, 351, 353; ebenso inkonsequent jeweils in unkritischer Berufung auf die Entscheidung RGRK/*Augustin*, § 892, 123); zur strengen Linie zurückgekehrt ist wieder RGZ 92, 254, 255; der Formulierung nach auch RG WarnR 1930 Nr. 163 = S. 328, 330, wo allerdings der Nichtberechtigte durchgängig nicht voreingetragen war (als zu weit gehende Wendung bezeichnet von RGZ 140, 35, 38); RGZ 86, 353, 355 stellt den Zeitpunkt der Einigung und denjenigen der Eintragung zur Wahl; ferner OLG Hamm OLGE 31, 313, 314; BayObLG OLGE 1940, 260, 261; OLG Düsseldorf JW 1930, 2456 für den Fall, daß der Besteller eines Briefrechts im Zeitpunkt der dinglichen Einigung noch nicht im Grundbuch verlautbart war; das Recht entstehe unmittelbar mit der Eintragung des Veräußerers, so daß für guten Glauben schon zeitlich kein Raum sei; dagegen RGZ 140, 35, 39 mit dem richtigen Einwand, trotz zeitlicher Koinzidenz seien die beiden Erwerbsvorgänge auseinanderzuhalten; *Rosenberg*, § 892 I 2 b = S. 403; *Boehmer*, DJZ 1927, 1521 f.; *Mügel*, JR 1928, 47; *Hagelberg*, Festschrift für Heinitz S. 182 f.; nunmehr auch – im Gegensatz zur früheren Auffassung – *Wiegand*, JuS 1978, 150; unklar RGRK/*Augustin*, § 892, 96, der auch die von RGZ 74, 416, 420 f. abweichende Entscheidung RGZ 116, 351, 353 zitiert, ohne darauf hinzuweisen, daß sich damit ein Umschwung in der Rechtsprechung vollzog.

<sup>29</sup> RGZ 116, 351, 354; 116, 356, 361 f. (die dort jeweils zitierte Entscheidung RGZ 89, 152, 160 ff. ist gleichwohl in sich widersprüchlich; vgl. Fn. 28); 123, 19, 21 f.; 128, 276, 278; 140, 35, 38 ff. (wo behauptet wird, der Grundgedanke des Vertrauensschutzes entfalle nicht, wenn das Grundbuch zur Zeit des vermittelnden Rechtsgeschäfts das Recht, das erworben werden solle, noch nicht ausweise); 147, 298, 302; RG WarnR 1935 Nr. 58 = S. 121, 123; BGHZ 60, 46, 54; BGH NJW 1969, 93, 94; 1980, 2413, 2414; WM 1969, 810, 811; BayObLGZ 6, 588, 592; KG JW 1927, 1884, 1885 f.; OLG Stettin LZ 1932, 123, 124; *Jauernig*, § 892, 8 a; *Palandt/Bassenge*, § 892, 4, 7; *Erman/Hagen*, § 892, 7; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 102; *Soergel/Baur*, § 892, 36, 41; RGRK/*Augustin*, § 892, 123; MünchKomm/Wacke, § 892, 58; *Staudinger/Gursky*, § 892, 146; *Planck/Strecker*, § 892 II 2 vor a mit umfangr. Nachw.; *Strecker*, DR 1921, 184; *Baur*, § 23 IV 1 b; *Westermann/Eickmann*, § 101 II 4; *Wolff/Raiser*, § 45 I 2 Fn. 5; § 45 I 5 Fn. 21; *Kipp/Coing*, § 103 II 2 Fn. 14; *Lutter*, AcP 164, 166 f., 173; *Arnheim*, JW 1930, 2456; *Schönfeld*, JZ 1959, 142 Fn. 20; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Rdn. 348; auch noch *Wiegand*, JuS 1975, 208, 209; ebenso RG SeuffA 84 Nr. 198 = S. 334, 336 für einen zwischenzeitlich gelöschten Widerspruch.

es aus, eine spätere, also dem Eintragungsantrag nachfolgende Unrichtigkeit des Grundbuchs zu berücksichtigen,<sup>30</sup> noch ist aus seiner Rechtsnatur als einer den Erwerber begünstigenden Vorschrift abzuleiten, er dürfe nicht zu seinem Nachteil ausschlagen.<sup>31</sup> § 892 Abs. 2 BGB bezieht sich lediglich auf den guten Glauben, nicht jedoch auf den Zeitpunkt, zu dem das Grundbuch unrichtig sein muß. Allenfalls ließe die Vorschrift den mittelbaren Schluß zu, angesichts eines auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrags vorgezogenen Stichtags für den guten Glauben könne die nachträgliche Unrichtigkeit des Grundbuchs redlichen Erwerb nicht mehr eröffnen, da der relevante Moment verstrichen sei, zu dem beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müßten. Eine solche streng auf den Wortlaut reduzierte Interpretation verfehlt den Kern. Die in § 892 Abs. 2 Halbs. 2 BGB genannte Einigung steht paradigmatisch für die Erfüllung des letzten materiellrechtlichen Erfordernisses vor der Eintragung;<sup>32</sup> eine bis zu diesem Zeitpunkt eintretende Unredlichkeit des Erwerbers verhindert das Gelingen des Geschäfts also ohnehin. Eine Diskrepanz ist somit nicht mehr zu befürchten: Die Eintragung des Nichtberechtigten nach Stellung des Antrags verlängert in entsprechendem Umfang die Zeitspanne, während derer der Erwerber von dem fehlenden Recht seines Partners nichts erfahren darf.<sup>33</sup>

Daran, daß eine dem Eintragungsantrag erst nachfolgende Unrichtigkeit des Grundbuchs gleichwohl die Voraussetzung für redlichen Erwerb schafft, dürfte kaum zu deuten sein. So sehr sich denn auch die Lösung schon im Hinblick auf den Wortlaut des § 892 Abs. 1 BGB aufdrängt, der den Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs akzentuiert – für diesen Augenblick gilt das Grundbuch als richtig<sup>34</sup> – und nicht denjenigen, in dem die Erwerbshandlung selbst erfolgt, so wenig paßt sie zu einem Entwurf, der individuelles Vertrauen privilegieren will. Im Hinblick auf einen Erwerber, der sich um gar nichts kümmert, dem möglicherweise sogar die Existenz des Grundbuchs unbekannt ist,<sup>35</sup> findet nicht ein durch irgendwelche Umstände hervorgerufenen Vertrauen in die Eintragung des Veräußerers seine Bestätigung;<sup>36</sup> jeder gute Glaube an einen Rechtsschein erübrigt sich. Das kann auch durch die Reklamierung einer besonderen von der Praxis entwickelten Ausprägung eines Rechtsscheins<sup>37</sup> nicht verdeckt werden. Ins Lot gebracht werden die Dinge erst

<sup>30</sup> So aber z. B. RGZ 74, 416, 420; *Boehmer*, DJZ 1927, 1522.

<sup>31</sup> So aber z. B. *Strecker*, DR 1921, 184; *Lutter*, AcP 164, 173.

<sup>32</sup> Vgl. die Nachw. oben § 5 Fn. 207; vor allem *Lutter*, AcP 164, 174.

<sup>33</sup> Der Streit, ob das Privileg des § 892 Abs. 2 BGB in diesen Fällen zur Gänze entzogen wird (so wohl RGZ 116, 351, 354) oder die Redlichkeit nur bis zur Voreintragung des Verfügenden andauern muß (so *Lutter*, AcP 164, 174 ff.), ist hier also ohne Bedeutung.

<sup>34</sup> RGZ 89, 152, 160; 123, 19, 21; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 b = S. 269; *Förster*, DR 1903, 352.

<sup>35</sup> *Lutter*, AcP 164, 173.

<sup>36</sup> So aber *Soergel/Baur*, § 892, 41. Sein Vergleich mit § 934 BGB ist schief: Das „Vertrauen“ findet seine Bestätigung nicht im Besitz des Veräußerers (so indes *Baur*, aaO.), sondern in der Tatsache, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt erhält. Damit ist die Parallele zu § 934 Fall 2 BGB ein starkes Indiz für die hier propagierte Sicht.

<sup>37</sup> *Erman/Hagen*, § 892, 3; *Wiegand*, JuS 1975, 209.

durch die Fähigkeit des Veräußerers, die Eintragung seines Partners zu bewerkstelligen. Dies gelingt ihm, weil und soweit er im Grundbuch ausgewiesen ist, ohne daß der Termin seiner Eintragung, erfolgt sie nur vor derjenigen seines Partners oder wenigstens gleichzeitig mit ihr,<sup>38</sup> von Bedeutung wäre, obgleich gerade dann, wenn beide Registervorgänge gleichzeitig stattfinden, die Chance, das unrichtige Grundbuch einzusehen und bei der Entscheidung zu berücksichtigen, nicht nur rein theoretisch,<sup>39</sup> sondern fiktiv ist.

#### b) Die Grundbuchberichtigung nach der Einigung

Ähnlich unkompliziert liegt, was das Ergebnis anbelangt, auch der spiegelbildliche Fall, in dem es dem wirklichen Rechtsinhaber gelingt, vor Vollendung des Erwerbs des Dritten das Grundbuch richtigstellen zu lassen. Er verliert seine Befugnis nicht.<sup>40</sup> Dafür steht nicht nur der Wortlaut des § 892 Abs. 1 BGB, sondern auch sein System. Selbst der Erwerb vom Berechtigten zielt ins Leere, sofern dieser sich vorweg mit einem anderen geeinigt hatte, der nach der Reihenfolge der Anträge als erster eingetragen wurde.<sup>41</sup> Um so unstimmiger wäre eine Lösung, die die Korrektur des Grundbuchs zugunsten des Berechtigten ignorieren wollte.

Vergebens wird man freilich individuelles Vertrauen des Erwerbers zur Erklärung zu Rate ziehen, im Gegenteil: Hat doch der vorsichtige Käufer sich zum Geschäft vielleicht erst nach intensiver Kontrolle des Grundbuchs entschieden – und hatte ihm selbst doch nicht entnehmen können, daß das Eintragungsverfahren zugunsten eines Dritten bereits in Gang gekommen war. Selbst wenn man eine Obliegenheit zur Erkundigung auf die noch unerledigten Anträge ausdehnen wollte – wozu der potentielle Erwerber nach § 12 Abs. 1 GBO zwar berechtigt ist, was sich aber kaum mehr als guter Glaube an den Inhalt des Grundbuchs apostrophieren läßt<sup>42</sup> –, so ist der Erwerber keineswegs dagegen gefeit, daß das Grundbuchamt einen späteren Antrag vorzieht. Auf die Verletzung der §§ 17, 45 GBO könnte er, da die Normen

<sup>38</sup> RGZ 123, 19, 22 f.; 140, 35, 39 f.; 147, 298, 302; RG WarnR 1935 Nr. 58 = S. 121, 122; BGH NJW 1969, 93, 94; *Jauernig*, § 892, 8 a; *Palandt/Bassenge*, § 892, 7 ddd; *Erman/Hagen*, § 892, 7; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 102; *RGRK/Augustin*, § 892, 124; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 58; *Staudinger/Gursky*, § 892, 146; *Rosenberg*, § 892 II 4 e = S. 426; *Lutter*, AcP 164, 167, 173 Fn. 195; *Arnheim*, JW 1930, 2456; *Wiegand*, JuS 1975, 208; aA. *Brandis*, JW 1929, 3276; *Neukirch*, JW 1930, 2339; sowie OLG Düsseldorf JW 1930, 2456 f. für den Fall, daß ein (Schein-)Hypothekar sein Recht bereits vor Abtretung zediert hatte; dazu wiederum ablehnend RGZ 140, 35, 39 f. (vgl. schon Fn. 28).

<sup>39</sup> So *Staudinger/Gursky*, § 892, 146; *Brandis*, JW 1929, 3276; *Neukirch*, JW 1930, 2399.

<sup>40</sup> RG SeuffA 85 Nr. 144 = S. 275, 277; OLG Dresden SeuffA 67 Nr. 212 = S. 378, 379; *Palandt/Bassenge*, § 892, 7 daa; *Soergel/Baur*, § 892, 36; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 61; *Staudinger/Gursky*, § 892, 148; *KEHE/Ertl*, § 19, 95; *Wiegand*, JuS 1975, 208.

<sup>41</sup> Vgl. schon *Förster*, DR 1903, 352. Seine Ansicht, dem Zweiterwerber stehe das Grundbuch nicht zur Seite, trifft als solche nicht zur Gänze zu, da es beim Erwerb vom Berechtigten darauf nicht ankommt. Triftiger ist der Erst-recht-Schluß; vgl. dazu sogleich im Text.

<sup>42</sup> Auch darauf macht schon *Förster*, DR 1903, 353 aufmerksam. – Eine Überprüfung der Wirksamkeit des Grundbuchs anhand der Grundakten wird vom Erwerber grundsätzlich nicht verlangt; vgl. schon *Kretzschmar*, Gruchot 49, 3.

als bloße Sollvorschriften konzipiert sind,<sup>43</sup> unter Umständen Ansprüche aus Amtshaftung stützen,<sup>44</sup> ohne daß sich der Verstoß selbst korrigieren ließe.<sup>45</sup> Weitaus problemloser paßt auch hier die Erklärung anhand der Fähigkeit des Veräußerers, die Eintragung seines Partners zu bewerkstelligen. Weil die Eintragung nicht gelingt, wird selbst konkretes Vertrauen nicht prämiert.<sup>46</sup>

#### c) Die Eintragung eines Widerspruchs nach der Einigung

Der Grundbuchberichtigung in den Wirkungen eng verwandt ist der Widerspruch. Er vereitelt zwar die Veräußerung als solche nicht,<sup>47</sup> erschwert sie in der Realität jedoch erheblich, da der Berechtigte nicht nur dem im Buch Registrierten, sondern auch seinen Rechtsnachfolgern gegenüber die Korrektur erzwingen kann und somit der Erwerber Gefahr läuft, seine – wie sich nunmehr herausstellt: nicht gesicherte – Position wieder einzubüßen. Die Konsequenz hängt ein weiteres Mal nicht davon ab, ob der potentielle Erwerber vom Widerspruch<sup>48</sup> oder von der Unrichtigkeit des Grundbuchs<sup>49</sup> erfährt; selbst bei einem Verstoß gegen § 17 GBO trifft ihn der Verlust seiner Erwerbschance,<sup>50</sup> wie er umgekehrt begünstigt wird, wenn der Widerspruch schon längst beantragt war, das Grundbuchamt ihn aber übersieht und daher den Erwerber vorrangig einträgt.<sup>51</sup>

Konkretes Vertrauen in die vom Grundbuch verlautbarten Eigentumsverhältnisse wäre also erneut ein irriges Erklärungsmuster, was die h.M. mit der im Ergebnis treffenden, angesichts der eigenen Prämisse freilich inkonsequenten Weigerung, § 892 Abs. 2 BGB analog zu bemühen,<sup>52</sup> mehr unfreiwillig als gewollt selbst bestä-

<sup>43</sup> BGHZ 45, 186, 191; 49, 197, 201; *Horber/Demharter*, § 17, 5; *KEHE/Herrmann*, § 17, 34; *Meikel/Schmid*, § 17, 44 mit umfangr. Nachw.; *Güthe/Triebel*, § 17, 28.

<sup>44</sup> *Horber/Demharter*, § 17, 5; *KEHE/Herrmann*, § 17, 34; *Meikel/Schmid*, § 17, 44.

<sup>45</sup> RG SeuffA 85 Nr. 144 = S. 275, 277; *Palandt/Bassenge*, § 892, 7 daa; *Soergel/Baur*, § 892, 36; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 61; *Staudinger/Gursky*, § 892, 148.

<sup>46</sup> Ob die Berichtigung zugunsten des wahren Eigentümers erfolgt ist oder wiederum ein Nichtberechtigter im Grundbuch steht, hat auf den Fehlschlag des Erwerbs im Hinblick darauf, daß jedenfalls der Verfügung nicht mehr eingetragen ist, keinen Einfluß.

<sup>47</sup> RGZ 117, 346, 351 f.; KGJ 26 A 250, 253; *Palandt/Bassenge*, § 899, 4 b; *StudK/M. Wolf*, § 899, 3; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 79; § 899, 10; *Soergel/Baur*, § 892, 27; § 899, 10; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 44; § 899, 22; *Staudinger/Gursky*, § 892, 108; *Baur*, § 18 B I 2, III 1; *Wolff/Raiser*, § 47 III 1; *Schwab*, Sachenrecht § 18 III.

<sup>48</sup> *Erman/Hagen*, § 892, 14; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 79; *Westermann/Eickmann*, § 101 II 5 b.

<sup>49</sup> *MünchKomm/Wacke*, § 892, 44; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 94.

<sup>50</sup> *Jauernig*, § 892, 7 a; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 81; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 45; *Baur*, § 23 IV 1 a; *Harms*, Sachenrecht S. 247; *KEHE/Ertl*, § 19, 95; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 95.

<sup>51</sup> RGRK/*Augustin*, § 892, 86: Aus den Grundbuchakten ersichtliche Anträge unterlaufen § 892 BGB nicht.

<sup>52</sup> KG OLGE 44, 56 f.; OLG Düsseldorf DNotZ 1976, 168, 170; *Palandt/Bassenge*, § 892, 6 a; *Erman/Hagen*, § 892, 8; *StudK/M. Wolf*, § 892 II 3 b; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 81; RGRK/*Augustin*, § 892, 86; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 45; *Staudinger/Gursky*, § 892, 150; *Planck/Strecker*, § 892 II 2 c; *Baur*, § 23 IV 2 a; *Westermann/Eickmann*, § 101 II 5 a; *Harms*,

tigt: Ein zeitlich vorverlegter Schutz müßte doch einem Erwerber zugute kommen, der unter Verlaß auf den Buchstand alles in die Wege geleitet hat, was von seiner Seite aus zu tun war. Darauf, wie wenig die traditionelle Sicht den Problemen gerecht wird, wirft das alles erneut ein Schlaglicht. Die Befähigung des Veräußerers, die Eintragung des Partners zustande zu bringen, macht verständlich, warum dieser das Risiko eines Widerspruchs bis zur Vollendung des Erwerbs ebenso zu tragen hat wie die nicht zu steuernde Gefahr einer Grundbuchberichtigung.

Durch den Widerspruch müßte das Vertrauen des Erwerbers in die Legitimation des Veräußerers, das sich auf das Grundbuch stützt, regelmäßig in gleicher Weise zerstört sein wie bei einer Korrektur. Wenn die h.M. gleichwohl im ersten Fall, solange der Erwerber von der fehlenden Rechtsinhaberschaft des Partners nichts weiß, den redlichen Erwerb bloß ausschließen will, sofern der Widerspruch zugunsten des tatsächlich Berechtigten erwirkt wurde,<sup>53</sup> so spiegelt sich darin das richtige Ergebnis: Der Widerspruch für einen Nichtberechtigten ist unwirksam;<sup>54</sup> wurde er dagegen, auch zu Unrecht, als Eigentümer eingetragen, konnte der ursprünglich im Grundbuch Registrierte seinem Partner die Eintragung seinerseits nicht mehr vermitteln. In das Konzept einer Vertrauenshaftung fügt sich das nicht mehr ein.

#### d) Die Kontroll- und Interventionsbefugnis des Grundbuchamts

Von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Funktion des Grundbuchamts, sofern es vor Eintragung des redlichen Erwerbers der Unrichtigkeit des Grundbuchs und des fehlenden Rechts des Verfügenden gewahr wird. Hatte es die h.M. lange Zeit als nahezu selbstverständlich betrachtet, es sei nicht Aufgabe des Grundbuchamts, mit vollem Bewußtsein einen materiell nicht gerechtfertigten, da von einem Nichtberechtigten initiierten Erwerb herbeizuführen, den der Antragsteller selbst dann nicht beanspruchen könne, wenn er bis zum Zeitpunkt des Antrags redlich gewesen sei,<sup>55</sup> so vollzieht sich in letzter Zeit ein bemerkenswerter Wandel:

Sachenrecht S. 247; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 95; *Lutter*, AcP 164, 170 Fn. 183; *Schulze*, Liegenschaftserwerb S. 60ff., 65; *Eickmann*, Rpfl 1972, 79; v. *Reibnitz*, Erbschein S. 61; skeptisch *Eichler*, II 2 S. 385 Fn. 88; a. A. *Kretzschmar*, Gruchot 49, 5; *Förster*, DR 1903, 354; *Hachenburg*, Vorträge S. 162; *Fischer*, Erbschein S. 33; *Adlerstein*, Rechtsgeschäfte S. 37 jeweils aus dem Blickwinkel des Schutzes konkreten Vertrauens.

<sup>53</sup> *StudK/M. Wolf*, § 899, 3; *Soergel/Baur*, § 892, 27; § 899, 9; MünchKomm/Wacke, § 892, 46; *Staudinger/Gursky*, § 892, 109; *Baur*, § 18 B III 1; *Wolff/Raiser*, § 47 III 1; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 550; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 95; *Wiegand*, JuS 1975, 208; ebenso im Ergebnis (Widerspruch muß begründet sein) RGZ 128, 52, 55; RG HRR 1930 Nr. 1383; *Palandt/Bassenge*, § 892, 6a; *Erman/Hagen*, § 892, 14; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892f., 79; *RGRK/Augustin*, § 892, 83.

<sup>54</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Gursky*, § 899, 28.

<sup>55</sup> KGJ 25 A 117, 118f.; 27 A 97, 98ff.; 28 A 92, 93; HRR 1934 Nr. 1095; NJW 1973, 56, 58; OLG München JFG 16, 144, 149; *Palandt/Bassenge*, § 892, 8; *RGRK/Augustin*, § 892, 125; *Staudinger/Seufert*<sup>11</sup>, § 892, 58, 84; *Jaeger/Weber*, KO § 113, 9; *Güthel/Triebel*, § 1, 44; § 19, 33, 37; *Herold*, SächsArch 1906, 493; 1908, 279; *Schönfeld*, JZ 1959, 141 f.; *Rahn*, Justiz 1966, 258; ebenso BayObLGZ 1954, 97, 99; OLG Düsseldorf MittBayNotV 1975, 224, 225 für eine (noch) nicht eingetragene, dem Grundbuchamt aber bekannte Verfügungsbeschränkung; der



Das Grundbuchamt habe dem Schutz des Erwerbers Rechnung zu tragen; dies bedeute, daß es weder den Eintragungsantrag zurückweisen noch redlichen Erwerb durch eine entgegen den §§ 17, 45 GBO vorgezogene Erledigung eines später gestellten Antrags des Eigentümers, das Grundbuch zu berichtigen oder seine Stellung mittels eines Widerspruchs zu sichern, zu Fall bringen dürfe.<sup>56</sup>

(1) Im Kreis bewegt sich freilich das Argument, die Position des Erwerbers habe sich bereits zum Anwartschaftsrecht verdichtet;<sup>57</sup> die Prämisse wäre erst zu beweisen. § 17 GBO gestattet, jedenfalls soweit er als bloße Ordnungsvorschrift verstanden wird,<sup>58</sup> nicht den Schluß auf die Unzulässigkeit auch eines Amtswiderspruchs<sup>59</sup> – um so weniger, als dieser den Fiskus durch eine möglichst langfristige und umfassende Korrektur eines unter Verletzung des Gesetzes unrichtig gewordenen Grundbuchs entlasten soll.<sup>60</sup>

(2) Sedes materiae ist § 892 Abs. 2 BGB und das damit verwobene Problem, ob und in welchem Umfang der Erwerber nach Stellung des Antrags sich ungefährdet wähnen, insbesondere seine Gegenleistung erbringen darf, ein Ziel, das der Gesetzgeber ausweislich der Protokolle von einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB in einigen Regionen geübten Praxis übernahm.<sup>61</sup> Das primäre Anliegen der Norm, eine Arbeitsüberlastung des Grundbuchamts und daraus resultierende Verzögerungen der Eintragung nicht dem Erwerber zu überbürden,<sup>62</sup> ist indes gar nicht tangiert. Die Prüfung der Voraussetzungen als solche hängt nicht davon ab, ob sie sofort oder

---

Sache nach auch KGJ 49 A 204, 207; zweifelnd, im Ergebnis aber (wohl) zustimmend, *Soergel/Baur*, § 892, 17; offen gelassen in BGHZ 97, 184, 187; vgl. auch die Darstellung der h. M. bei *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 78 ff.

<sup>56</sup> MünchKomm/Wacke, § 892, 70; *Staudinger/Gursky*, § 892, 176, soweit der nichtberechtigte Verfügende nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eingetragen worden war; mit derselben Einschränkung auch *Eickmann*, Grundbuchverfahrensrecht S. 111 ff.; *ders.*, Rpfl 1972, 78 f.; *K. Müller*, Rdn. 1128; vgl. ferner KEHE/Ertl, § 19, 96 ff.; *ders.*, MittBayNotV 1975, 206 ff.; *ders.*, Rpfl 1980, 44 f.; *Haegle/Schöner/Stöber*, Rdn. 352, soweit der Erwerber selbst den Antrag gestellt habe; *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit § 41 III 1; *ders.*, ZZP 90, 200 f.; *Böttcher*, Rpfl 1983, 191; *Ripfel*, Justiz 1966, 51; *Böhringer*, BWNotZ 1985, 102 f.; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 97; *Kohler*, Verfügungsverbot S. 119 ff.; *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 87 ff., mit Darstellung der h. M. S. 80 ff.; *Kretzschmar*, Gruchot 49, 5.

<sup>57</sup> *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit § 41 III 1.

<sup>58</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 43.

<sup>59</sup> So jedoch MünchKomm/Wacke, § 892, 70; KEHE/Ertl, § 19, 95; *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 108 ff.; *Kretzschmar*, Gruchot 49, 5; a. A., obgleich Anhänger der Mindermeinung, *Staudinger/Gursky*, § 892, 176; *Eickmann*, Grundbuchverfahrensrecht S. 114, 116, die damit massiv zurückstecken: Da eine objektive, erkennbare Verletzung des Gesetzes genügt (BGHZ 30, 255, 259), beruht eine Vielzahl unrichtiger Eintragungen auf einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften.

<sup>60</sup> Vgl. statt aller BGHZ 25, 16, 25 mwN.; BGH Rpfl 1985, 189; BayObLG Rpfl 1980, 294, 295; 1981, 397, 398; OLG Hamm Rpfl 1980, 229, 230; *Horber/Demharter*, § 53, 1 a; KEHE/*Eickmann*, § 53, 1.

<sup>61</sup> Prot. III 81 = 3442 = Mugdan III 554; darauf beruft sich u. a. *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 90 f.

<sup>62</sup> RGZ 141, 379, 383; MünchKomm/Wacke, § 892, 54; *Staudinger/Gursky*, § 892, 163.

erst nach einiger Zeit erfolgt. Allenfalls mittelbar ist der Erwerber beeinträchtigt, da ihm eine Benachrichtigung durch den Eigentümer über die wahre Rechtslage nicht mehr schadet, dieser jedoch dadurch sein Recht bewahren kann, daß er das Grundbuchamt informiert und dazu bewegt, von der Eintragung des Käufers abzusehen; die unterschiedlichen Resultate reflektieren damit nur ein weiteres Mal die Differenz in der Regelung von Kenntnis und Widerspruch durch § 892 Abs. 2 BGB.

So legen denn auch die Protagonisten der Mindermeinung den Akzent auf den *Rechtsgedanken* des § 892 Abs. 2 BGB, dessen Zweck nur erreicht werde, wenn sich der Erwerber darauf verlassen könne, daß die beantragte Eintragung vorgenommen werden müsse.<sup>63</sup> Doch ist gerade fraglich, ob das angebliche Ziel die Intention des Gesetzgebers korrekt wiedergibt, dies unterstellt, ob ihm die nahtlose Übersetzung gelungen ist. Das Konzept der Mindermeinung läuft auf nichts weniger hinaus als den Schutz individuellen Vertrauens,<sup>64</sup> der dem § 892 BGB fremd ist und – rigoros verfolgt – seinen Wirkungsbereich verzerrt. Setzt die Norm einerseits konkrete Kenntnis vom Grundbuch nicht voraus,<sup>65</sup> so prämiert sie diese auf der anderen Seite auch nicht. Angesichts einer restriktiven Interpretation des § 892 Abs. 2 BGB, die die Absicherung des Erwerbers aufschiebt, bis das vorletzte materiellrechtliche Erfordernis erfüllt ist,<sup>66</sup> und keine Rücksicht darauf nimmt, ob der Käufer um die noch fehlende Voraussetzung weiß oder auch nur wissen kann, handelt dieser regelmäßig auf eigenes Risiko, sofern er vor endgültiger Eintragung beginnt, seine Leistung zu erbringen. Für den Fall, daß der Verfügende noch nicht im Grundbuch vermerkt ist, seine Eintragungsunterlagen aber der Behörde zugeleitet sind, läßt sich auch unter dem Gesichtspunkt konkreten Vertrauens kaum danach differenzieren, ob das Grundbuchamt etwa einen Fehler im vorangegangenen dinglichen Geschäft kurz vor oder kurz nach der (Vor-)Eintragung des Verfügenden bemerkt, will man nicht eine § 892 BGB endgültig fehlinterpretierende Obliegenheit des Erwerbers statuieren, das Grundbuch fortwährend zu kontrollieren. So hat bereits das KG in einer Entscheidung kurz nach Erlaß des BGB den ausschlaggebenden Aspekt herausgearbeitet: Privilegiert sei – und das hätten schon die Motive betont – nicht der werdende, sondern der perfekte Erwerb; die Änderung in der Zweiten Lesung, in der § 892 Abs. 2 BGB eingeführt worden sei, habe sich auf das Merkmal des guten Glaubens

---

<sup>63</sup> So etwa MünchKomm/Wacke, § 892, 70; *Staudinger/Gursky*, § 892, 176; KEHE/Ertl, § 19, 100; *ders.*, MittBayNotV 1975, 206; *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdn. 352.

<sup>64</sup> Signifikant MünchKomm/Wacke, § 892, 70; insbesondere *Kohler*, Verfügungsverbot S. 116 mit Fn. 294, der das Vertrauen auf den Grundbuchstand zur Zeit des den Erwerb vermittelnden Geschäfts schützen will und sich auf RGZ 74, 416, 420f. beruft – eine Ansicht und Entscheidung, die der heutigen Sicht des § 892 BGB gerade nicht mehr entspricht (vgl. dazu oben § 10 II 1 a); der Sache nach auch *Staudinger/Gursky*, § 892, 176; *Ertl*, MittBayNotV 1975, 208f.

<sup>65</sup> Was denn die Verfechter der Gegenmeinung, um ihrerseits konsequent zu bleiben, zum Teil auch leugnen; *Kohler*, Verfügungsverbot S. 117 begreift die Grundbucheinsicht etwa als mittelbare Obliegenheit.

<sup>66</sup> Vgl. die Nachw. in § 5 Fn. 207.

beschränkt, ohne auf andere Tatbestandsvoraussetzungen auszugreifen.<sup>67</sup> Das paßt nicht nur besser als die abweichende Ansicht mit der ansonsten durchgängigen Entbehrlichkeit eines konkreten Rechtsscheins zusammen, sondern braucht den Erwerber letztendlich ebenso wenig zu benachteiligen wie den Schutz des Verkehrs zu beeinträchtigen: Steht dem Käufer doch die Möglichkeit zu Gebote, seine Interessen hinreichend durch eine Vormerkung zu wahren.

(3) Die Parallele zu § 878 BGB, die Einbindung des § 892 BGB in ein vorgeblich einheitliches Regelungsprogramm, die die Verfechter der Gegenansicht stimuliert, eine Überprüfung durch das Grundbuchamt als dem Normzweck des § 892 Abs. 2 BGB evident widersprechend und gesetzwidrig zu brandmarken,<sup>68</sup> ebnet voreilig tragende Unterschiede ein. Die Vorschriften decken voneinander getrennte Problemfelder ab, worüber auch ihre synchrone Zitierung in § 15 S. 2 KO<sup>69</sup> nicht hinwegtäuschen sollte. § 878 BGB erklärt zwar eine Verfügungsbeschränkung für unschädlich, die nach der dinglichen Einigung und der Stellung des Eintragungsantrags verhängt wurde,<sup>70</sup> gehört anders als § 892 BGB gleichwohl nicht zu den Vorschriften des Redlichkeitsschutzes.<sup>71</sup> Daß sich hier weder die Frage nach dem guten Glauben des Erwerbers noch diejenige nach einer Prüfungs- und Interventionsbefugnis des Grundbuchamts stellen kann,<sup>72</sup> gestattet nicht, dasselbe auch bei § 892 BGB als selbstverständlich anzusehen, der seinem System nach den Erwerber erst ab Vollendung des dinglichen Vertrags abschirmt, lediglich den für den guten Glauben relevanten Zeitpunkt vorverlegt. Schon dieser Diskrepanz wegen ist dem Schluß, beide Normen sicherten den Erwerber notwendig in gleicher Weise ab dem Zeitpunkt der Antragstellung, der Boden entzogen.<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> KG, Beschl. v. 9. 11. 1903, KGJ 27 A 97, 99f. unter Berufung auf Mot. III 221ff. = Mugdan III 122f., die durch die Zweite Lesung nur hinsichtlich der Redlichkeit modifiziert seien; ausdrücklich ablehnend *Eickmann*, Grundbuchverfahrensrecht S. 113f.; *Ertl*, MittBayNotV 1975, 208; *Kohler*, Verfügungsverbot S. 119f.

<sup>68</sup> Vgl. etwa MünchKomm/Wacke, § 892, 70; *Eickmann*, Grundbuchverfahrensrecht S. 113f.; *Kohler*, Verfügungsverbot S. 116, 120; *Ertl*, MittBayNotV 1975, 208; ausführlich *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 85ff.

<sup>69</sup> So jedoch das Argument von *Kohler*, Verfügungsverbot S. 116.

<sup>70</sup> Vgl. den Überblick zu den Interpretationsmöglichkeiten des § 878 BGB bei *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 85ff.

<sup>71</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Wacke, § 878, 2 mwN.

<sup>72</sup> Das Grundbuchamt prüft natürlich die Voraussetzungen des § 878 BGB, kann jedoch, sofern sie vorliegen, gegen den Erwerb nicht intervenieren. Ob dieselben Grundsätze für § 892 BGB gelten, ist aus § 878 BGB gerade nicht abzulesen.

<sup>73</sup> Entgegen *Kohler*, Verfügungsverbot S. 116 ist der Unterschied zwischen dem gerade noch Berechtigten und dem Nichtberechtigten grundlegend, wie sich an Parallelfällen – etwa zwei konkurrierenden Verfügungen – ersehen läßt. Ähnlich unfruchtbar ist auch der Hinweis auf § 419 BGB, bei dem der BGH die Haftung des Erwerbers verneint, wenn er erst nach dem Eintragungsantrag erfahren hat, es handle sich um das einzige Vermögensgut seines Partners. Natürlich ist hier nicht zu befürchten, daß das Grundbuchamt die Eintragung verweigert, ohne daß daraus jedoch Folgerungen für § 892 BGB gezogen werden könnten (so jedoch *Böhringer*, BWNotZ 1985, 103 unter Hinweis auf BGHZ 55, 105, 109; *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 94 mwN.) – zum einen, weil es um den Erwerb vom Berechtigten geht, zum

Umgekehrt muß die Gegenansicht das Grundbuchamt dazu anhalten, sich im Widerspruch zu seiner Aufgabenstellung mit der Redlichkeit des Erwerbers zu befassen, sogar eventuellen Zweifeln nachzugehen, obgleich guter Glaube nach § 892 BGB vermutet wird.<sup>74, 75</sup>

## 2. Die fehlende Voreintragung des Verfügenden

Individuelles Vertrauen auf das Grundbuch als Legitimationsgrundlage verstrickt sich auch anderweit in Widersprüche. Entgegen dem ersten Anschein ist redlicher Erwerb bei fehlender Voreintragung des Verfügenden keineswegs lückenlos ausgeschlossen. Bei Übertragungen durch den tatsächlichen Erben eines Buchberechtigten mag es noch angehen, auf mittelbares Vertrauen auszuweichen, das demjenigen entgegengebracht werden dürfe, der in die formale Position des Erblassers eingetreten sei, selbst aber grundbuchmäßig noch nicht verlautbart werde.<sup>76</sup> Wesentlich weniger gezwungen wirkt es, auf § 40 Abs. 1 GBO hinzuweisen, der – als Ausnahme eines im Bereich des Verkehrsschutzes zwingend zu interpretierenden § 39 Abs. 1 GBO – auf die Voreintragung des Erben verzichtet.<sup>77</sup>

---

anderen, weil die Begründung einer – lediglich beschränkbaren – Haftung, nicht aber der Verlust eines Rechtes normiert ist. – Dagegen bedürfte die vereinzelt vertretene Spielart der subjektiven Theorie im Rahmen des § 1365 Abs. 1 BGB, die den Erwerber ab Stellung des Antrags schützt (angeführt etwa von *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 94), einer Korrektur.

<sup>74</sup> Vgl. etwa RGZ 116, 340, 344; *Staudinger/Gursky*, § 892, 139 mwN. auch zur Gegenansicht. – Symptomatisch für die Aporie ist der Vorschlag von MünchKomm/Wacke, § 892, 70 Fn. 165, das Grundbuchamt müsse schon bei Bedenken gegen die Redlichkeit des Erwerbers sogleich nach dessen Eintragung einen Amtswiderspruch vermerken. Er erkaufte seinen Standpunkt mit der Beschränkung des Grundsatzes, nur nachgewiesene oder zumindest glaubhaft gemachte Unredlichkeit berechtige zum Amtswiderspruch (BayObLGZ 1985, 401, 403; *Horber/Demharter*, § 53, 9a; ebenso *Eickmann*, Rpfl 1972, 79 für die Prüfungspflicht des Grundbuchamts). Wer trotz Ablehnung der Interventionsbefugnis des Grundbuchamts auf die Eintragung eines Amtswiderspruchs verzichtet (etwa *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 104), begibt sich damit des immerhin möglichen Schutzes des (nach wie vor) Berechtigten, der von dem gescheiterten Erwerb oft nichts erfahren wird.

<sup>75</sup> Daß Buchrechte der Kontrollmöglichkeit des Grundbuchamts wegen Briefrechten gegenüber in ihrer Verkehrsfreundlichkeit reduziert sind (so *Foerste*, Verfügungsbeschränkung S. 92), reflektiert nur den systemgerechten Unterschied beider Hypothekenarten. Erhöhter Redlichkeitsschutz korreliert gesteigerter Umlauffähigkeit.

<sup>76</sup> MünchKomm/Wacke, § 892, 11; *Staudinger/Gursky*, § 892, 36; *Wolff/Raiser*, § 45 I 5 b mit Fn. 26.

<sup>77</sup> Mot. III 211 = Mugdan III 117; *Palandt/Bassenge*, § 892, 4 bbb; *Soergel/Baur*, § 892, 8; MünchKomm/Wacke, § 892, 11; *Staudinger/Gursky*, § 892, 36; *Rosenberg*, § 892 I 2 b; *Wolff/Raiser*, § 45 I 5 b; ohne Begründung auch *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 570. Die oft zitierte Entscheidung KG OLGE 41, 25 betrifft den Fall, daß ein bereits Verstorbener eingetragen werden sollte. Das lehnt das Gericht ab, da dann eine von vornherein unrichtige Eintragung entstehe. – Keine Rolle spielt insoweit, daß § 35 GBO regelmäßig den Erbschein des Verfügenden voraussetzt. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO sieht schon Ausnahmen vor. Überdies besagt der Erbschein nur etwas über die Erbenstellung, nicht über die Berechtigung des Erblassers.

Selbst ein solcher indirekter Zusammenhang ist bisweilen nicht mehr zu konstruieren, etwa wenn über den unmittelbaren Wortlaut des § 40 GBO hinaus Ausnahmen vom Grundsatz der Voreintragung konzidiert werden. Wurde nach dem Tod des Erblassers der Vorerbe im Grundbuch vermerkt, tritt nunmehr der Nacherbfall ein, so braucht ganz einhelliger Ansicht zufolge der Nacherbe nicht eingetragen zu werden, bevor er seinerseits verfügt.<sup>78</sup> Ein Erwerber, der das Grundbuch überprüft, findet sich in einer eigenartigen Situation wieder, die sein Vertrauen auf die Rechtsstellung seines Geschäftsggners untermauern soll. Im Grundbuch steht der Vorerbe, von dem bekannt ist, daß er mit dem inzwischen erfolgten Nacherbfall aufgehört hat, Erbe und Inhaber des Rechts zu sein. Der Nacherbe, der Berechtigte sein will, ist nicht eingetragen, der Erblasser, von dem er seine Stellung angeblich ableitet, ebenfalls schon längst nicht mehr als momentaner Inhaber des Rechts ausgewiesen, sondern nur als ehemaliger. Sich verlassen kann der Erwerber also allenfalls auf eine Aussage, die vom Grundbuch nicht gedeckt wird.<sup>79</sup> Wenn redlicher Erwerb dennoch nicht ausgeschlossen ist – und es sollte nicht bezweifelt werden, daß er möglich ist –, so nur aufgrund der Fähigkeit des Nacherben, die Eintragung des Käufers zu bewerkstelligen, ungeachtet der Tatsache, daß der Erblasser nur Buchberechtigter war.

### 3. Die Doppelbuchung

Von der Warte konkreten Vertrauens her wäre die Doppelbuchung, also die irrtümliche Eintragung eines Grundstücks zugunsten zweier (angeblicher) Eigentümer, differenziert zu bewerten. Der Rechtsschein zerstört sich selbst, soweit die sich widersprechenden Eintragungen auf demselben Blatt vermerkt sind.<sup>80</sup> In den übrigen Fällen hätte der Erwerber aber weder Anlaß, noch wäre es ihm anzunehmen, mehr oder weniger aufs Geratewohl weitere Grundbuchblätter daraufhin zu kontrollieren, ob ein Dritter als Inhaber des veräußerten Rechts registriert ist,<sup>81</sup> mit der zwingenden Konsequenz, daß er sich auf das für ihn günstige und ihm allein be-

<sup>78</sup> KGJ 51 A 187, 191; KG RJA 13, 269, 270; *Horber/Demharter*, § 40, 4 a; *KEHE/Herrmann*, § 40, 14; *Meikel/Sieveking*, § 40, 10; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Rdn. 142; *Gütthe/Triebe*, § 41, 6; *Hesse/Saage/Fischer*, § 40 II 2; *Thieme*, § 40, 2.

<sup>79</sup> Wer es zum allgemeinen Prinzip erheben will, daß die Eintragung eines Rechtsvorgängers des Verfügenden genüge, soweit die Voraussetzungen für einen außerhalb des Grundbuchs erfolgten Rechtsübergang auf den Veräußerer vorlägen (so etwa *Rosenberg*, § 892 II 2 b; *Planck/Strecker*, § 892 II 1 b; ablehnend *Staudinger/Gursky*, § 892, 37 mit umfangreicher Darstellung), mag dies tun. Er sollte sich jedoch darüber im klaren sein, daß er sich damit von der Rechtsscheinbasis des Grundbuchs wegbewegt (so denn auch die Kritik von *Staudinger/Gursky*, aaO.), so daß das Ergebnis jedenfalls nicht mit der Vertrauensentsprechung legitimiert werden kann.

<sup>80</sup> So lag etwa der Fall OLG Kassel JW 1933, 1339; für diese Fallgestaltung lehnen redlichen Erwerb auch diejenigen ab, die ansonsten konkretes Vertrauen schützen wollen; vgl. etwa *Rosenberg*, § 892 II 1 b = S. 412.

<sup>81</sup> *Rosenberg*, § 892 II 1 b = S. 412; *Heck*, Sachenrecht § 44 I 4 a; *Jacubeksky*, Bemerkungen S. 217; *Sawitz*, Grundbuch S. 37.

kannte Grundbuchblatt müßte berufen können.<sup>82</sup> Wenn die h.M. einer solchen Abstufung skeptisch gegenübersteht und redlichen Erwerb verneint,<sup>83</sup> so verdient sie gewiß Beifall. Beide Eintragungen als richtig zu fingieren wäre eine kaum stichhaltige Prämisse.<sup>84</sup> Allzu leicht käme es zum stets alternierenden Sprungerwerb,<sup>85</sup> der sich nicht nur eklatant von der Funktion des Grundbuchs abhöbe, sondern den Verkehrsschutz selbst ad absurdum führte.<sup>86</sup> Das durchaus zwingende Ergebnis läßt sich wiederum nicht in einen Entwurf einpassen, der konkretes Vertrauen absichern will. Der Hinweis auf die Einheit des Grundbuches, derentwegen der Rechtsschein sich aufhebe,<sup>87</sup> ist mehr als problematisch: § 3 Abs. 1 S. 2 GBO knüpft am je einzelnen Blatt und nicht an deren Gesamtheit an;<sup>88</sup> vor allem wäre das Vertrauen durch

<sup>82</sup> So denn auch *Rosenberg*, § 892 II 1b = S. 412; *Heck*, Sachenrecht § 44 I 4; *Jacubezky*, Bemerkungen S. 217f.; *Sawitz*, Grundbuch S. 35ff., 38. Es gibt noch eine Reihe weiterer Lösungsansätze: *Riezler*, AcP 98, 390f. will, soweit beschränkt dingliche Rechte betroffen seien, Wechselserwerb zulassen, während er den Erwerb des Eigentums nach dem Prioritätsprinzip löst; *Güthe/Triebel*, § 2, 57 läßt, aus dem Blickwinkel des Vertrauensschutzes kaum korrekt, die zeitlich frühere Buchung allein den Ausschlag geben, hängt also dem Prioritätsprinzip an, zieht nur im Fall der Abschreibung die jüngere vor. *Hedemann*, Vermutung S. 326f. will der plausibleren Eintragung den Vorrang zuerkennen; *Ramdohr*, Gruchot 44, 344 zieht grundsätzlich das Prioritätsprinzip vor, soweit nicht ein Grundbuchblatt als das richtige anzusehen sei.

<sup>83</sup> RGZ 56, 58, 62; RG JW 1912, 651; BGH DB 1969, 1458; KG JW 1938, 3046, 3047; KGJ 39 A 154, 158; OLG Kassel JW 1933, 1339; OLG Stuttgart BWNotZ 1978, 124, 125; *Jauernig*, § 892, 4 f iVm. § 891, 4 e; *Palandt/Bassenge*, § 892, 4 vor a; § 891, 2 a; *Erman/Hagen*, § 892, 4; *AK/L. v. Schweinitz*, § 891, 5; *Soergel/Baur*, § 892, 10; *RGRK/Augustin*, § 892, 67; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 27; *Staudinger/Gursky*, § 892, 25 mwN. zur Rechtsprechung vor Inkrafttreten des BGB und zu älterer Literatur; *Planck/Strecker*, § 892 I 5; *Biermann*, § 892, 2; *Turnau/Förster*, I § 892 II 3; *Baur*, § 23 II 2 d; *Westermann/Eickmann*, § 101 II 5 e; *Wolff/Raiser*, § 37 I 3; *K. Müller*, Rdn. 1124; *Lange*, Sachenrecht § 24 I 2; *Endemann*, Sachenrecht § 52, 5b mit Fn. 14; *Horber/Demharter*, § 3, 8 a; *Meikel/Nowak*, § 3, 18; *Fuchs*, Grundbuchrecht § 892, 7; *Predari*, Grundbuchordnung S. 76; *Oberneck*, I S. 383; *Kretzschmar*, § 892 II 1 d; *ders.*, DJZ 1903, 328; *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 14ff., 16; *Mügel*, DJZ 1898, 444; *Kiehl*, Gruchot 55, 844; *Buch*, Gruchot 61, 451; *Hoche*, NJW 1952, 1289.

<sup>84</sup> Bedenken z. B. bei RGZ 56, 58, 60 („widerstreitet der Logik“); *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 13.

<sup>85</sup> So z. B. *Rosenberg*, § 892 II 1b = S. 412; *Sawitz*, Grundbuch S. 38; *Heck*, Sachenrecht § 44 I 4 e mit dem kaum gesetzeskonformen Vorschlag, die Kollision durch Teilung zu lösen; gegen ihn ausführlich *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 12f.

<sup>86</sup> *Staudinger/Gursky*, § 892, 25; *Planck/Strecker*, § 892 I 5; *Westermann/Eickmann*, § 101 II 5 e; *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 11.

<sup>87</sup> KG JW 1938, 3046, 3047; KGJ 39 A 154, 158; *Jauernig*, § 891, 4 e; *Erman/Hagen*, § 892, 4; *AK/L. v. Schweinitz*, § 891, 5; *RGRK/Augustin*, § 892, 67; *MünchKomm/Wacke*, § 891, 3; § 892, 27; *Baur*, § 23 II 2 d; *Wolff/Raiser*, § 37 I 3; *Horber/Demharter*, § 3, 8 a; *Mügel*, DJZ 1898, 444; *Kiehl*, Gruchot 55, 844; *Meikel/Nowak*, § 3, 18 meint, beide Buchungen erzeugten keinen Rechtsschein.

<sup>88</sup> Darauf verweisen nicht nur die Vertreter der Mindermeinung (vgl. z. B. *Rosenberg*, § 892 II 1b = S. 412; *Güthe/Triebel*, § 2, 57), sondern auch *Staudinger/Gursky*, § 892, 25 als Anhänger der Mehrheitsmeinung; a. A. *Planck/Strecker*, § 892 I 5 mit der Begründung, dies scheine aus § 3 Abs. 1 S. 2 GBO gefolgt werden zu müssen; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 27 in rein

einen solchen mehr definitorischen Kunstgriff nicht zerstört, will man den Erwerber nicht doch dazu nötigen, das gesamte Grundbuch durchzumustern.<sup>89</sup> Nicht von ungefähr bemüht man das Argument, auch ansonsten bedürfe es nicht der Überprüfung des Grundbuchs durch den Käufer<sup>90</sup> – ein Aspekt, der schon früher die Brückigkeit eines konkreten Vertrauensschutzes beleuchtet hatte.<sup>91</sup>

Die „Eintragungsverschaffungsmacht“ ist solcher Probleme enthoben, jedenfalls soweit man sie mit einer vom Recht der beweglichen Sachen her schon geläufigen Randkorrektur verschränkt. Mit der Fähigkeit des Verfügenden, seinem Partner zur Eintragung ins Grundbuch zu verhelfen, hat es sein Bewenden, falls nicht auf dem konkurrierenden Blatt der Berechtigte selbst registriert ist.<sup>92</sup> Der Erwerber ist dem Grundstück hier – und insofern paßt die Parallele zum Besitz oder Herausgabeanspruch des Eigentümers einer Mobilie<sup>93</sup> – nicht näher gekommen, als ihr der Berechtigte nach wie vor steht. Das hat Konsequenzen in zweifacher Hinsicht: Einmal erklärt es, warum nur die Eintragung des Rechtsinhabers redlichen Erwerb sperrt, fügt sich damit auch nahtlos in eine h.M. ein, die den Erwerb vom Berechtigten durch eine Buchung eines Dritten auf einem weiteren Blatt nicht gefährdet sieht.<sup>94</sup> Auf der anderen Seite wird die enge Wechselwirkung von Doppelbuchung und Widerspruch – auch sie betont von der h.M.<sup>95</sup> – verdeutlicht. Beide sperren den Schutz des Verkehrs, soweit sie den Berechtigten ausweisen, während die Registrierung eines weiteren Nichtberechtigten ohne Folgen bleibt. Negative Weiterungen sind dabei nicht zu befürchten. Mit dem ersten redlichen Erwerb ist späteren Sprungverfügungen ein Riegel vorgeschoben.

#### 4. Die inhaltlich unzulässige und nichtige Buchung

Neben Eintragungen, die nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen nichtig sind, sollen auch inhaltlich unzulässige nicht als Basis redlichen Erwerbs taugen.<sup>96</sup> Schon

---

ergebnisorientierter Argumentation: Es liege eine Ausnahme zu den ansonsten geltenden Grundsätzen vor; die Bevorzugung eines Blattes wäre dann willkürlich.

<sup>89</sup> Westermann/Eickmann, § 101 II 5e; vgl. auch die Nachw. in Fn. 81.

<sup>90</sup> Steffen, Rechtsscheinträger S. 14f.

<sup>91</sup> Vgl. dazu schon oben § 10 I 1.

<sup>92</sup> So im Ergebnis auch die h.M.; vgl. z. B. RGZ 56, 58, 62; Westermann/Eickmann, § 101 II 5e; Steffen, Rechtsscheinträger S. 18, 21; a. A. Baur, § 23 II 2d, der nur den Erwerb vom Berechtigten zuläßt.

<sup>93</sup> Vgl. dazu oben § 8.

<sup>94</sup> RGZ 56, 58, 62; Staudinger/Gursky, § 892, 25; Steffen, Rechtsscheinträger S. 10; Kretzschmar, DR 1903, 328; Ramdohr, Gruchot 44, 343.

<sup>95</sup> Westermann/Eickmann, § 101 II 5e; Steffen, Rechtsscheinträger S. 19f.

<sup>96</sup> So für inhaltlich unzulässige Eintragungen RGZ 88, 21, 27f.; 98, 215, 219; 130, 66, 67; ähnlich RGZ 76, 373, 377f.; vgl. ferner BayObLG OLGE 30, 18; DNotZ 1977, 111, 112; OLG Hamm OLGZ 1977, 264, 279; OLG Frankfurt RpfL 1975, 305, 306; OLG Düsseldorf DNotZ 1958, 155, 156; Palandt/Bassenge, § 891, 2a iVm. § 873, 4b; AK/L.v. Schweinitz, §§ 892f., 27; RGRK/Augustin, § 892, 55; Soergel/Baur, § 892, 9; MünchKomm/Wacke, § 892, 19; Staudinger/Gursky, § 892, 15; Planck/Strecke, § 892 I 7 mwN.; Rosenberg, § 892 II 1b = S. 406f.; Wolff/Raiser, § 36 I 1a; Schwab, Sachenrecht § 16 V; KEHE/Eickmann, § 53, 1;

bald des Zwiespalts mit den Prämissen eines konkreten Vertrauensschutzes innegeworden, hat man mit verschiedenen Modellen den Bruch im System zu reparieren versucht. Wohl am weitesten geht es, wenn bei nicht offenkundiger Unzulässigkeit sowie bei gefälschter, gleichwohl nach außen hin unverdächtigter Eintragung der Empfänger sich dennoch auf das Grundbuch soll verlassen können.<sup>97</sup> Im Vergleich dazu weniger einschneidend ist die hypothetische Erwägung, einem Erwerber, der das Grundbuch eingesehen hätte, wäre die inhaltliche Unzulässigkeit aufgefallen; ohne sich mit einem Rechtsirrtum entschuldigen zu können, hätte er sie jedenfalls bemerken müssen. Dagegen sei eine nach öffentlichem Recht unwirksame Eintragung keineswegs stets als solche zu erkennen;<sup>98</sup> redlicher Erwerb bleibe daher möglich. Eine Pflicht oder Obliegenheit zur Kontrolle des Grundbuchs, von der man ansonsten längst abgegangen ist, die sich zudem all den Schwierigkeiten zu stellen hätte, die mit späterer Eintragung des inhaltlich unzulässigen, den Verfügenden aber erst ausweisenden Vermerks einhergehen, würde allenfalls das Postulat wenigstens theoretisch möglichen Vertrauens verstohlen wieder einführen. Schlecht harmonisiert damit die rigide Handhabung des Rechtsirrtums, die den Erwerber zwingt, seinerseits den Lapsus zu erkennen, der dem Grundbuchbeamten entgangen war.<sup>99</sup>

Doch auch die vereinzelt bemühte Parallele zu den §§ 932 ff. BGB – dort könne sich niemand auf eine Beziehung verlassen, die er fälschlich für den Besitz des Veräußerers halte, hier dürfe nicht einer auch versehentlich als ordnungsgemäß erachteten Eintragung vertraut werden<sup>100</sup> – besagt letztendlich nichts. Sie ist weniger deswegen unergiebig, weil Unterschiede aus dem Zurechnungsprinzip zu deduzie-

---

*Meikel/Imhof/Riedel*, § 53, 54 f.; *Lutter*, AcP 164, 152 ff.; *Wiegand*, JuS 1975, 206; *Hoche*, NJW 1952, 1289; *Gaberdiehl*, NJW 1972, 847; *Oberneck*, I. S. 383; a. A. zum Teil *Heck*, Sachenrecht § 44 I 5; für nichtige Eintragungen BGHZ 7, 64, 69 mit zustimmender Anm. von *Hoche*, NJW 1952, 1289 und *Pritsch*, bei LM Nr. 1 zu § 892 BGB; OLG Frankfurt OLGZ 1982, 56 f.; *Jauernig*, § 891, 4 b; *Palandt/Bassenge*, § 873, 4 b; § 892, 4 vor a; *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 26; *Soergel/Baur*, § 892, 9; MünchKomm/Wacke, § 892, 18; *Staudinger/Gursky*, § 892, 18; *Planck/Strecker*, § 892 I 7 iVm. § 873 IV 4 b; *Wolff/Raiser*, § 36 I 1 b; *Predari*, Grundbuchordnung S. 76, 79; *Wiegand*, JuS 1975, 206; *Hoerner*, Gruchot 58, 840; *Sawitz*, Grundbuch S. 44; differenzierend wohl RGRK/*Augustin*, § 892, 58: Die nichtige Eintragung sei zwar Inhalt des Grundbuchs, redlicher Erwerb könne darauf aber nicht gestützt werden; a. A. *Rosenberg*, § 892 II 1 b = S. 408 f.; *Endemann*, Sachenrecht § 62, 2 a Fn. 12; *Beyerle*, AcP 127, 372; *Lutter*, AcP 164, 152 ff.; zum Teil auch *Heck*, Sachenrecht § 44 I 5. – Im einzelnen mögen dabei die Maßstäbe differieren, ohne daß das für die hier im Vordergrund stehende Frage nach der Wirkung einer nichtigen Eintragung Bedeutung erlangen könnte; vgl. auch Fn. 106.

<sup>97</sup> *Heck*, Sachenrecht § 44 I 5; ebenso *Rosenberg*, § 892 II 1 b = S. 408; *Lange*, Sachenrecht § 24 I 2; *Endemann*, Sachenrecht § 62, 2 a Fn. 12; *Beyerle*, AcP 127, 372 für nichtige, aber als solche nicht erkennbare Eintragungen; diese Autoren treffen sich im Ergebnis mit *Lutter* (vgl. den Nachw. in Fn. 98).

<sup>98</sup> *Lutter*, AcP 164, 154 f.

<sup>99</sup> Muß etwa der Erwerber erkennen, daß es eine Zwangsgesamthypothek nicht gibt – so das Beispiel von *Lutter*, AcP 164, 152 –, obgleich der rechtlich vorgebildete Grundbuchbeamte das übersehen hat?

<sup>100</sup> *Wolff/Raiser*, § 36 I 1.



ren wären.<sup>101</sup> Zwar hat dieses im Immobiliarsachenrecht anerkanntermaßen keinen Platz,<sup>102</sup> ohne daß indes daraus abzulesen wäre, warum sich der Erwerber nicht auf nichtige bzw. unzulässige Eintragungen stützen können. Fehlende Zurechnung ist zum einen schon gar nicht thematisiert, sofern nicht der ehemals Berechtigte als Bewilligender, sondern das Grundbuchamt aufgrund eines Willensmangels gehandelt hat.<sup>103</sup> Zum anderen käme sie immer erst da zum Tragen, wo der von der h.M. im Besitz verortete Rechtsschein zugunsten des Verfügenden spricht. Ein Dieb hat zweifellos die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt, wenngleich redlicher Erwerb angesichts des § 935 Abs. 1 BGB mißlingt.<sup>104</sup> Der Vergleich gibt aber deswegen nur wenig griffige Argumente an die Hand, weil seine Prämisse im Hinblick auf die Besitzverschaffungsmacht den springenden Punkt verfehlt – § 934 Fall 2 BGB möge erneut als Beleg genügen. Daß der h.M. gleichwohl beizupflichten ist, ist schon vom Ergebnis her evident. Wie sollte denn auch ein inhaltlich nicht konkretisiertes Erbbaurecht übertragen werden,<sup>105</sup> einerlei ob der Berechtigte oder der scheinbare Inhaber handelt? Das Resultat zu erklären zwingt abermals, Abschied vom konkreten Vertrauen zu nehmen. Der Veräußerer stößt an seine Grenzen, wenn seine Voreintragung nichtig war;<sup>106</sup> mag der Partner sich noch so sehr darauf verlassen haben, die

<sup>101</sup> So indes *Lutter*, AcP 164, 154 unter Zitierung des „Veranlassungsprinzips“.

<sup>102</sup> So die ganz h.M.; vgl. etwa *Westermann/Eickmann*, § 101 I 1; *Westermann*, JuS 1963, 6; *Lutter*, AcP 164, 154; *Bürck*, AcP 171, 341; *Wiegand*, JuS 1975, 207; *Hoche*, NJW 1952, 1289; a. A. *Meyer*, Publizität S. 95, der darauf besteht, der Rechtsschein müsse vom Berechtigten veranlaßt sein, die Veranlassung aber darin sieht, daß der Eigentümer sein Recht nicht habe im Grundbuch verlautbaren lassen.

<sup>103</sup> Das Zurechnungsprinzip betrifft nur die Frage, ob die Eintragungsverschaffungsmacht dem Berechtigten angelastet werden kann. Da dies bei § 892 BGB nicht notwendig ist, spielt es etwa keine Rolle, ob die Bewilligung des Eigentümers gefälscht ist und darauf gestützt der (später) Verfügende eingetragen war (*Hoche*, NJW 1952, 1289; *Sawitz*, Grundbuch S. 44). Davon zu unterscheiden – und nicht ein Problem der Zurechnung – ist die Fragestellung, ob das gefälschte Grundbuch selbst taugliche Basis für einen redlichen Erwerb ist. Sie ist zu verneinen (*Hoche*, NJW 1952, 1289 f.; *Sawitz*, Grundbuch S. 44; a. A. etwa *Förster*, ZZZ 32, 331). Die Abgrenzung bewährt sich etwa im Hypothekenrecht. Weder ist eine gefälschte Urkunde stets ungeeignet für redlichen Erwerb (so indes *Palandt/Bassenge*, § 1155, 2baa mwN.) noch stets dafür tauglich, soweit die Fälschung nicht erkennbar war (so indes *MünchKomm/Eickmann*, § 1155, 12 mwN.). Eine gefälschte Erklärung schadet nicht, da es auf die Zurechnung nicht ankommt, während auch einem redlichen Erwerbsprätendenten gegenüber stets geltend gemacht werden kann, daß die öffentliche Beglaubigung etwa wegen Handelns einer dafür nicht zuständigen Person nichtig ist.

<sup>104</sup> In dem von *Lutter*, AcP 164, 154 zur Untermauerung seiner These, der Unterschied resultiere aus dem Veranlassungsprinzip, gebildeten Beispiel des Besitzdieners spiegelt sich erneut: die konstruktive Unschärfe der h.M. wider. In traditionellen Kategorien gedacht, fehlt es mit dem Besitz bereits am Rechtsschein, so daß sich Zurechnungsfragen nicht (mehr) stellen.

<sup>105</sup> So etwa der Fall OLG Frankfurt RpfL 1975, 305 f.

<sup>106</sup> Deren exakte Umschreibung im Grundsatz wie im Einzelfall zweifelhaft sein mag. Die überwiegende Ansicht zieht die Regeln des nichtigen Verwaltungsakts entsprechend heran (so etwa 3GHZ 7, 64, 69, erkennbar aus dem Zitat von *Jellinek*, Allg. Verwaltungsrecht S. 274 ff., der dort die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt abhandelt; *MünchKomm/Wacke*, § 892, 18 unter Hinweis auf § 44 VwVfG). Die funktionelle Zuordnung des Grundbuchamts zur

Eintragung fehlt – und damit die Möglichkeit, den Erwerber im Grundbuch registrieren zu lassen. Als unabänderliche, wenngleich mit konkretem Vertrauen aufs neue nicht zu deutende Konsequenz kann der an vorletzter Stelle Eingetragene, sollte er Nichtberechtigter sein, gestützt auf § 892 BGB über das Grundstück verfügen.<sup>107</sup>

### 5. Die abgekürzte Übertragung

Die charakteristische Aufgabe des Instituts des redlichen Erwerbs, einen Dreipersonenkonflikt zu entwirren, führt dazu, daß dort, wo sich der rechtsgeschäftliche Kontakt des Erwerbers nicht auf seinen unmittelbaren Vertragspartner beschränkt, sondern auch oder gar nur dessen Vordermann an der Verfügung beteiligt ist, Privilegien des redlichen Erwerbs, wie sie aus einer Verfügung über Eck resultieren würden, dem Letztabnehmer versagt bleiben. Praktisch wird das vor allem bei Zuwendungen im Grundstücksverkehr, die zur Abkürzung zweier Leistungspflichten auf eine direkte Übereignung vom Erstverkäufer an den Letztkäufer begrenzt werden, wobei die Konstruktionen divergieren.

#### a) Die direkte Übereignung

So mag der Zwischenmann seinen Verkäufer bitten, das Grundstück direkt an den zweiten Käufer aufzulassen.<sup>108</sup> Das hat den Vorteil, daß sich eine zweite dingliche Einigung und die dafür notwendige notarielle Beurkundung erübrigen, wird aber mit einem bedeutsamen Manko erkaufte. Zweifellos kann der Dritte angesichts des § 892 BGB erwerben, wenn der Erstverkäufer nicht Eigentümer war. Mängel des dinglichen Vertrages mit diesem treffen ihn dagegen, wenn sie in der Person des Verkäufers, etwa dessen Geschäftsunfähigkeit wurzeln, während sie ihn bei zwei hintereinander geschalteten Verfügungen nichts angingen. Das Resultat ist indes nur konsequent, da der Letztabnehmer durch seine Bereitschaft, direkt mit dem Verkäufer zu kontrahieren, die Risiken dieses Vertrages bewußt auf sich genommen hat – eine Gestaltungsmöglichkeit, die, mag sie dort auch nicht üblich sein, auch bei der Direktlieferung einer beweglichen Sache im Einzelfall dem Plan der Parteien entspricht. Eine Korrektur durch die Theorie einer Als-ob-Betrachtung, also eines fingierten Durchgangserwerbs, sollte er primär sachenrechtlich konzipiert sein und

---

freiwilligen Gerichtsbarkeit könnte es ratsam erscheinen lassen, auf die Grundsätze nichtiger Urteile zu rekurrieren (so in der Tendenz wohl *Hoche*, NJW 1952, 1289). Darauf, Details aufzurollen, kann hier verzichtet werden, da sie das Prinzip als solches nicht tangieren.

<sup>107</sup> Wie das – soweit erörtert – von der Mehrheit angenommen wird; vgl. etwa *Lutter*, AcP 164, 152 (soweit er den Verkehrsschutz bei inhaltlich unzulässigen Eintragungen negiert); der Sache nach auch OLG Frankfurt OLGZ 1982, 56 f. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO stützt das Ergebnis: Unzulässige Eintragungen sind von Amts wegen zu löschen; entsprechendes gilt nach h. A. für nichtige Eintragungen (*Wolff/Raiser*, § 36 I 1 b). Dies kann ohne Rücksicht auf § 17 GBO jederzeit geschehen, womit – auch ohne daß der Erwerber darauf vertrauen müßte – der vorher Registrierte redlichen Erwerb vermitteln kann.

<sup>108</sup> Vgl. dazu etwa *Hassold*, Leistung S. 74; Beispiel aus der Rechtsprechung ist RGZ 86, 343, 344.

sich nicht auf das Kondiktionsrecht beschränken,<sup>109</sup> stieße hier ebenso schnell an ihre Grenzen wie die These, es finde tatsächlich ein Zwischenerwerb statt.<sup>110</sup> Daran, daß der Anweisende nicht eingetragen und damit schon im Normalfall nicht Eigentümer wird, läßt sich nicht rütteln.<sup>111</sup> Die Interessen der Parteien oder ihre Vorstellungen<sup>112</sup> vermögen nicht sachenrechtliche Tatbestandsvoraussetzungen zu überformen oder zu fingieren. Damit ist redlicher Erwerb gesperrt, der Fehler des Geschäfts im Deckungsverhältnis auf dieses beschränken könnte. Nicht der Anweisende verschafft dem letzten Abnehmer die Eintragung im Grundbuch, sondern der ursprüngliche Verkäufer. Eine auf das Kondiktionsrecht reduzierte These löst sich angesichts eines dinglichen Herausgabe- und Grundbuchberichtigungsanspruchs – und beides steht bei einer fehlerhaften Auflassung dem Eigentümer zu Gebote – schnell in Wohlgefallen auf.

#### b) Die Kettenauflassung

Nicht besser ist es um den Schutz des Erwerbers bestellt, wenn die Parteien ein abweichendes, die Zwischeneintragung gleichwohl vermeidendes Vorgehen wählen, etwa eine Kettenauflassung. Mit der dinglichen Einigung willigt der Verkäufer zwar prinzipiell darin ein, daß sein Partner als Nichtberechtigter weiterverfügt.<sup>113</sup> Über die Brücke des § 185 Abs. 1 BGB werden aber alle Mängel der ersten Auflassung in die zweite eingeschleust<sup>114</sup> – und zwar nicht nur für die materiellrechtlichen Erklärungen, sondern auch für die grundbuchrechtliche Bewilligung.<sup>115</sup>

#### c) Die Übertragung der Anwartschaft

Nur auf den ersten Blick scheint derartiges bei der bloßen Veräußerung einer Anwartschaft nach Erklärung der dinglichen Einigung und Stellung des Antrags auf Eintragung<sup>116</sup> nicht zu befürchten zu sein. Obgleich es angesichts der Verfügung des

<sup>109</sup> Vgl. die Nachw. in § 7 Fn. 303–305.

<sup>110</sup> So wohl *Hassold*, Leistung S. 236, 237, 238f., wo er dies (wohl) auch für Grundstücke propagiert, im Gegensatz zu seiner Erkenntnis S. 74f., regelmäßig sei ein Direkterwerb gewollt, lediglich zur *Abwicklung* der Leistung seien diejenigen Theorien heranzuziehen, die im Ergebnis dem dinglichen Durchgangserwerb möglichst nahe kämen.

<sup>111</sup> *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 686b.

<sup>112</sup> *Hassold*, Leistung S. 236.

<sup>113</sup> RGZ 89, 152, 157; 129, 150, 153 mit umfangr. Nachw.; 135, 378, 382; BGH NJW 1989, 521, 522; BayObLGZ 1970, 254, 256f.; 1972, 397, 400; 1979, 12, 14f.; KGJ 47 A 158, 159f.; 53 A 144, 145; *Jauernig*, § 925, 4e; *Palandt/Bassenge*, § 925, 5c; *Erman/Ronke*, § 925, 24; *Soergel/Baur*, § 925, 45; RGRK/*Augustin*, § 925, 30; MünchKomm/*Kanzleiter*, § 925, 41; *Staudinger/Ertl*, § 873, 44; *Baur*, § 19 B I 2 cbb; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 476; *Horber/Demharter*, § 20, 12acc. Der Interpretation der Einwilligung, ihrer Erstreckung auf Belastung etc., braucht hier nicht in Einzelheiten nachgegangen zu werden; vgl. etwa BGH NJW 1989, 521, 522.

<sup>114</sup> Vgl. nur RGZ 89, 152, 157; *Lutter*, AcP 164, 167 Fn. 172 Beispiel b.

<sup>115</sup> Das war früher strittig; vgl. KGJ 47 A 158, 159f. mwN., ist aber heute ganz h. M.; vgl. die Nachw. in Fn. 113.

<sup>116</sup> Ob und inwieweit die bindende Auflassung nebst Antrag auf Eintragung tatsächlich ein Anwartschaftsrecht des Erwerbers schafft, ist bekanntlich sehr strittig; vgl. nur BGHZ 83, 395,

Anwärters als des Berechtigten der Einwilligung gemäß § 185 Abs. 1 BGB des noch im Grundbuch vermerkten Eigentümers nicht bedarf,<sup>117</sup> geht das Eigentum doch direkt von ihm auf den Dritten über.<sup>118</sup> Als verfahrensrechtliche Konsequenz muß die Bewilligung nicht vom Erstanwärter, sondern vom Eigentümer abgegeben werden,<sup>119</sup> wodurch ein redlicher Erwerb, der materiellrechtliche Fehler der ersten Veräußerung abschneiden könnte, verwehrt ist.<sup>120</sup>

Unabhängig von der jeweiligen Konstruktion ist damit die Erfüllung der beiden schuldrechtlichen Verträge in ein dingliches Vollzugsgeschäft zusammengezogen. Mit seinem Placet zur direkten Übereignung geht der Erwerber systemgerecht der Privilegien verlustig, die ihm zwei hintereinander geschaltete Veräußerungen gewährt hätten: Der eingetragene Verkäufer kann ihm zwar Eigentum vermitteln, das er selber nicht innehatte; Fehler des dinglichen Geschäfts selbst werden aber nicht hintangehalten.

## 6. Der gesetzliche Erwerb

Während die abgekürzte Leistung im Grundstücksverkehr ihren Tribut fordert und dem Erwerber, vergleicht man das Streckengeschäft bei beweglichen Sachen, lediglich einen deutlich verringerten Verkehrsschutz zubilligt, ist der gesetzliche Übergang wiederum durch eine weitgehende Deckungsgleichheit der Lösungen gekennzeichnet. Intensiver als das Recht der beweglichen Sachen veranschaulicht das Immobiliarsachenrecht, daß erst der dingliche Vollzug redlichen Erwerb abschließt. Als Paradigma steht die Vormerkung, bei der die h.M. von der Verlautbarung des Erwerbers völlig absieht,<sup>121</sup> während ein Teil der abweichenden Ansicht den Akzent gerade auf den fehlenden sachenrechtlichen Vollzug legt.<sup>122</sup>

### a) Eintragung analog § 925 BGB?

Abermals wenig förderlich in Terminologie und Argumentation ist die Vorstellung eines Anwartschaftsrechts nach Auflassung und Eintragung einer Vormerkung,

---

399f. (bejahend); MünchKomm/Wacke, § 873, 43 mit umfängl. Nachw. (verneinend). Auch sind die Terminologie und die unterschiedlich genannten Voraussetzungen alles andere als förderlich. Die Frage braucht nicht gelöst zu werden, weil das Ergebnis für den redlichen Erwerb keine Folgen hat.

<sup>117</sup> Das ist unstrittig; vgl. *Staudinger/Ertl*, § 873, 44.

<sup>118</sup> Vgl. etwa BGHZ 49, 197, 205; *Erman/Ronke*, § 925, 46; RGRK/*Augustin*, § 925, 85; MünchKomm/*Kanzleiter*, § 925, 36; *Horber/Demharter*, § 20, 12 acc; KEHE/*Ertl*, Einleitung M 20; im Ergebnis auch *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1982, 2284.

<sup>119</sup> Vgl. etwa KEHE/*Ertl*, § 20, 137.

<sup>120</sup> So denn im Ergebnis die ganz h.M.; vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, § 925, 6baa; *Erman/Ronke*, § 925, 48; RGRK/*Augustin*, § 925, 85; MünchKomm/*Kanzleiter*, § 925, 36; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdr. 476; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften S. 36; *Lutter*, AcP 164, 167 Fn. 172 Beispiel b, c; MünchKomm/Wacke, § 873, 43, der redlichen Erwerb befürwortet, meint die Gestaltung, daß der eingetragene Erstverkäufer nur Buchberechtigter ist. In diesem Zusammenhang ist das Ergebnis unkompliziert; vgl. *Lutter*, AcP 164, 167 Fn. 172 Beispiel a.

<sup>121</sup> Vgl. § 5 II 2 mit Fn. 61.

<sup>122</sup> Vgl. die Nachw. in § 5 II 2 Fn. 62.

jedenfalls soweit sie dem Mißverständnis Vorschub leistet, § 925 BGB in analoger Anwendung verdrängt die §§ 398 ff. BGB zur Gänze. Nur von daher ist jedoch ein Postulat verständlich, das als minus zur Eigentumsumschreibung die Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers eingetragen sehen will.<sup>123</sup> Die Einordnung ist zu vordergründig, zum einen wegen völliger Unklarheit, wie die Forderung auf Übereignung des Grundstücks ohne Zession auf den Neugläubiger übergehen soll,<sup>124</sup> zum anderen, weil die analoge Anwendung des § 925 BGB die Problematik ohnehin nicht auslotet: Spätestens bei Abtretung bloß des schuldrechtlichen mit einer Vormerkung gesicherten Anspruchs muß man Farbe bekennen, ob man sich allein damit zufriedengeben will oder zusätzlich auf der Eintragung beharrt.

#### b) Die Wahlmöglichkeit zwischen Berichtigung und Auflassung

Griffiger ist schon die den Parteien zugestandene Wahl, anstelle der Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs das Grundstück aufzulassen.<sup>125</sup> Die vorgebliche Sonderstellung des gesetzlichen Erwerbs im Vergleich mit der rechtsgeschäftlichen Übereignung hat damit auf zweifache Weise die Basis eingebüßt, die strikte Trennung diffundiert, die Kategorien lassen sich austauschen. Den Verkehrsschutz danach zu beurteilen, welchen der Wege die Partner mehr oder weniger arbiträr gewählt hatten, würde die formale Unterscheidung schon überstrapazieren; vor allem aber betont der freie Tausch der Konstruktionen die Notwendigkeit des dinglichen Vollzugs. Ein Erbschaftsbesitzer, der mit Mitteln der Erbschaft eine Sache gekauft hat, wegen eines Mangels des Erfüllungsgeschäfts aber nicht Eigentümer wurde, könnte dem wahren Erben das Recht vermitteln, soweit er sich für die Möglichkeit der Auflassung entscheidet und die Umschreibung erfolgt, während die bloße Grundbuchberichtigung keinen Erfolg verspricht. Gibt es keinen Grund, den gesetzlichen Erwerb zu disprivilegieren, so stieße auf der anderen Seite eine Freistellung vom Erfordernis der Eintragung zu weit vor.

Wenngleich die Vormerkung ihrer Rechtsnatur wegen nicht durch Auflassung übertragen werden kann, behält die Parallele ihren Wert. Bedarf redlicher Erwerb generell des Vollzugsmoments, so kann die Vormerkung nicht deswegen eine Sonderrolle beanspruchen, weil dieser Vollzug nur im Wege der Berichtigung möglich ist.

---

<sup>123</sup> MünchKomm/Kanzleiter, § 925, 36.

<sup>124</sup> Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2285.

<sup>125</sup> RGZ 139, 353, 355 f.; RG WarnR 1929 Nr. 44 = S. 74, 75; SeuffA 85 Nr. 11 = S. 22, 23; KG OLGE 15, 344, 345; 19, 285, 286; Palandt/Bassenge, § 894, 6b; RGRK/Augustin, § 894, 33 f.; MünchKomm/Wacke, § 894, 26; Staudinger/Gursky, § 894, 93; a. A. RG DR 1901 Nr. 2191; JW 1902 Beilage S. 202; Predari, Gruchot 62, 550; wohl auch KGJ 22 A 142, 146. Ob der Schuldner verpflichtet ist, sich auf eine Übereignung statt auf eine Berichtigung einzulassen, ist unwichtig, solange (weitgehende) Einigkeit besteht, daß die Parteien jedenfalls dieses *Procedere wählen können*.

## § 11 Der redliche Erwerb kraft Erbscheins

## I. Die Existenz des Erbscheins als Anknüpfungspunkt

## 1. Die vermeintliche Sonderrolle des Erbscheins

Auch beim Erbschein trifft man auf bekannte Kontroversen: eine h. M., die auf die Kenntnis des Erwerbers vom Erbschein sowie die Verknüpfung zwischen dieser Information und dem dinglichen Geschäft glaubt verzichten zu können,<sup>1</sup> und eine Opposition, die vehement, bislang zwar ohne durchschlagenden Erfolg, so doch mit wachsender Zustimmung bemängelt, wie wenig eine solch reduzierte Sicht mit den Regeln des die Norm angeblich legitimierenden Vertrauensschutzes harmonisiert.<sup>2</sup>

Die Parallele zu den §§ 892 f., 932 ff. BGB,<sup>3</sup> die ihrerseits ohne konkretes Vertrauen auskommen, könnte angesichts der Unsicherheiten der dort überwiegenden Ansicht die h. M. für den Erbschein kaum hinreichend untermauern. Aber auch wenn man insoweit die Dinge zurechtrückt, wäre sie zu schlicht – vor allem, solange man glaubt, der Erwerb vom Erbscheinserben zeichne sich durch zwei dem Redlichkeitschutz im übrigen unbekannte Besonderheiten aus: Zum einen werde der Käufer behandelt, als erwerbe er gemäß den §§ 873, 929 ff. BGB vom Berechtigten,<sup>4</sup> soweit nicht wegen fehlenden Eigentums schon des Erblassers die §§ 892 f., 932 ff. BGB

<sup>1</sup> Mot. V 569 f. = Mugdan V 305; RG ZBIFG 8, 327, 329; BGHZ 33, 314, 317; 40, 54, 60; BGH WM 1971, 54; BayObLGZ 1962, 299, 305; Jauernig/Stürner, § 2366, 1 a; Palandt/Edenhofer, § 2366, 2; Erman/Schlüter, § 2366, 4 f.; RGRK/Kregel, § 2366, 1; Soergel/Damrau, § 2366, 2; MünchKomm/Promberger, § 2366, 14; Staudinger/Firsching, § 2366, 2; Planck/Greif, § 2366 III 1; Kipp/Coing, § 103 II 2 Fn. 14; Brox, Erbrecht Rdn. 590; Schlüter, Erbrecht § 33 VI 2; Leipold, Erbrecht Rd. 483; v. Lübtow, Erbrecht II S. 1028 mwN. zur älteren Literatur; Dietz, Erbrecht S. 224; Binder, Erbrecht II S. 11; Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht Rdn. 618; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 201; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit § 55 I 2; Johannsen, WM 1972, 1053; Kuchinke, Jura 1981, 286; Fischer, Erbschein S. 17; Schöldgen, Erbschein S. 27; Meyer, Erbschein S. 17 f.; Solms-Baruth, Erbschein S. 14 f.; Eßlinger, Erbschein S. 90; v. Reibnitz, Erbschein S. 26.

<sup>2</sup> Wiegand, JuS 1978, 149, 150 (anders noch ders., JuS 1972, 89; 1975, 286); Canaris, Vertrauenshaftung S. 508; Parodi, AcP 185, 366 ff., 374; Herminghausen, NJW 1986, 571; ebenso schon Wellspacher, Vertrauen S. 51 f., der konkretes Vertrauen zwar als richtigen Gedanken bezeichnet, jedoch betont, daß die Gesetzeslage eine andere sei.

<sup>3</sup> So etwa (meist obiter) Staudinger/Firsching, § 2366, 20; Kipp/Coing, § 103 II vor 1; Leipold, Erbrecht Rdn. 484; Wiegand, JuS 1978, 146.

<sup>4</sup> Erman/Schlüter, § 2366, 7; MünchKomm/Promberger, § 2366, 28, 45; Staudinger/Firsching, § 2366, 8; Medicus, Bürgerliches Recht Rdn. 569; Brox, Erbrecht Rdn. 590; Binder, Erbrecht II S. 11; Schlüter, PdW Erbrecht Fall 276; Wiegand, JuS 1972, 89; ders., JuS 1975, 285, 286; Hoffmann, JuS 1968, 228 (der den Erwerb vom Erbscheinserben fast im selben Atemzug als Erwerb vom Nichtberechtigten bezeichnet); Boehmer, AcP 154, 62; Mansfeld/Moselle, JuS 1979, 428; Eßlinger, Erbschein S. 100; wohl auch Jauernig/Stürner, § 2366, 2; anders OLG Braunschweig OLGE 26, 58; wohl auch Palandt/Edenhofer, § 2366, 3 b.

kumulativ wirken.<sup>5</sup> Gleichsam als Korrektiv dieser Sicht des § 2366 BGB als spezielle, die Normen des Vertrauensschutzes überlagernde Vorschrift und als Konzeption an den öffentlichen Glauben<sup>6</sup> verschärften sich auf der anderen Seite die Tatbestandsvoraussetzungen gegenüber den §§ 892 f., 932 ff. BGB. Das Geschäft müsse sich auf einen Erbschaftsgegenstand erstrecken,<sup>7</sup> ein Bezug, der teils am Blickwinkel des Veräußerers,<sup>8</sup> teils an demjenigen des Erwerbers<sup>9</sup> ausgerichtet wird. Spätestens diese Verknüpfung scheint ihren Tribut zu fordern, was die Kenntnis des Käufers und die Kausalität angeht. Will jemand einen Gegenstand entstehen, um dessen Herkunft aus einem Nachlaß er weiß, so kann er sich erkundigen, ob sein Partner Erbe ist, und sich dazu auch den Erbschein vorlegen lassen.<sup>10</sup>

#### a) Die Fiktion der Verfügung des Berechtigten

Zumindest irreführend ist die erste These, der Erbscheinserbe handle als, wenigstens wie ein Berechtigter, im Ergebnis demnach wie der wahre Erbe. Sie geht schon

<sup>5</sup> Das entspricht wieder der ganz h.M.; vgl. etwa *Jauernig/Stürner*, § 2366, 2; *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 3 vor a; *Erman/Schlüter*, § 2366, 7; *Soergel/Damrau*, § 2366, 1; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 45; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 569, 570; *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3 d; *Brox*, Erbrecht Rdn. 590; *Leipold*, Erbrecht Rdn. 484; v. *Lübnow*, Erbrecht II S. 1029 ff.; *Kipp/Coing*, § 103 II 4; *Kuchinke*, Jura 1981, 286; *Hoffmann*, JuS 1968, 229; *Wiegand*, JuS 1975, 285; *Kuntze*, JR 1972, 202; a.A. *Wellsbacher*, Vertrauen S. 54 mit einem unzutreffenden Beispiel (vgl. dazu unten § 11 II 2 mit Fn. 44), aber berechtigter Kritik an der These der h.M. (vgl. dazu § 11 I 1 a mit Fn. 14).

<sup>6</sup> So insbesondere *Wiegand*, JuS 1972, 89.

<sup>7</sup> Mot. V 572 = *Mugdan* V 306; *Jauernig/Stürner*, § 2366 1 b; *RGRK/Kregel*, § 2366, 3, 10; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 13, 46; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 2; *Planck/Greiff*, § 2366 III 2; *Brox*, Erbrecht Rdn. 590; v. *Lübnow*, Erbrecht II S. 1030; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 618; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 201; *Wiegand*, JuS 1972, 89, 90; *ders.*, JuS 1972, 337; *ders.*, JuS 1975, 286; *Parodi*, AcP 185, 364 f.; *Adlerstein*, Rechtsgeschäfte S. 19; *Fischer*, Erbschein S. 17; *Schöldgen*, Erbschein S. 28; *Meyer*, Erbschein S. 19; *Solms-Baruth*, Erbschein S. 15 f.; *Soergel/Damrau*, § 2366, 2, der Ausnahmen zuläßt, wenn sich der Erwerber über die Herkunft des Gegenstandes seines Partners keine Gedanken gemacht habe, § 2366 BGB nur dann für unanwendbar erklärt, wenn beide Partner meinen, die Grundlage der Verfügung bilde kein erbrechtlicher Erwerb des Verfügenden; a.A. *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3 d; *Baur*, § 52 V 2 a cc; *Kuchinke*, Jura 1981, 286; *Vennemann*, JuS 1972, 336; offen *Leipold*, Erbrecht Rdn. 484 Fn. 49, der der Mindermeinung zuneigt, jedenfalls aber die Kenntnis eines der Vertragspartner ausreichen läßt.

<sup>8</sup> Mot. V 572 = *Mugdan* V 306; *Fischer*, Erbschein S. 17; wohl auch *Planck/Greiff*, § 2366 III 2.

<sup>9</sup> *Soergel/Damrau*, § 2366, 2; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 2 mwN. zur älteren Literatur; *Brox*, Erbrecht Rdn. 590; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 618; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 201; *Wiegand*, JuS 1972, 89; *ders.*, JuS 1975, 286; *Parodi*, AcP 185, 364 f.; *Adlerstein*, Rechtsgeschäfte S. 19 f.; *Schöldgen*, Erbschein S. 29; *Meyer*, Erbschein S. 19; *Solms-Baruth*, Erbschein S. 15 f.; im Prinzip auch *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 13, der es aber, um den redlichen Erwerb zu privilegieren, genügen läßt, wenn nach längerer Zeit nur noch der Erbscheinserbe in allgemeiner Form weiß, daß er kraft des (vermeintlichen) Erbfalls Inhaber ist. Das Postulat der Beziehung zum Nachlaß ist damit de facto schon aufgegeben.

<sup>10</sup> *Wiegand*, JuS 1978, 150; weniger streng noch *ders.*, JuS 1975, 286, da er nur auf der minimalen Beziehung durch die Kenntnis davon, ein Erbschaftsgegenstand sei betroffen, insistiert; jedoch schon in JuS 1972, 337 sucht *Wiegand* die angebliche Notwendigkeit des subjektiven Bezugs mit dem System der Vertrauenshaftung abzusichern.

von der falschen Prämisse aus, da der wirkliche Erbe und nicht der Erbscheinserbe Eigentümer ist. Der Schutz seines Partners folgt wie bei den sonstigen Normen des redlichen Erwerbs aus der positiv-rechtlichen Anordnung, ohne daß der Gedanke, bei tatbestandlicher Erfüllung etwa der §§ 932 ff. BGB werde eine Übereignung vom Berechtigten fingiert, in irgendeiner Weise Gewinn bringen könnte. Während sich bei intaktem Erbschein und Redlichkeit des Käufers die Unterschiede in konstruktiven Eigenheiten erschöpfen, könnte die h. M., konsequent zu Ende gedacht, den wirklichen Erben auch dann nur unzureichend absichern, wenn der Erbschein fehlte. Die §§ 857, 935 Abs. 1 BGB anzuwenden, die Sache redlichem Erwerb zu entziehen, da sie dem wirklichen Erben abhanden gekommen sei,<sup>11</sup> ist nur in einem System denkbar, das die Verfügung eines nicht legitimierten Scheinerben als diejenige eines Nichtberechtigten einstuft, damit den §§ 932 ff. BGB unterwirft, die es erst ermöglichen, § 935 Abs. 1 BGB anzuwenden.<sup>12</sup> Liegt dagegen ein Erbschein vor, so überwindet § 2366 BGB die fehlende Zurechnung,<sup>13</sup> qualifiziert aber nicht die Verfügung um, etwa durch die Unterstellung, es handle der Eigentümer. Der Nichtberechtigte bleibt Nichtberechtigter, was einen redlichen Erwerb auf Grund seiner Verfügung aber nicht vereitelt, soweit die Voraussetzungen des § 2366 BGB gewährleistet sind.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> So die ganz h. M.; vgl. OLG Braunschweig OLGE 26, 58, 59; *Jauernig*, § 857, 3 d; *Palandt/Bassenge*, § 857, 2; § 935, 3 c; *StudK/M. Wolf*, § 857, 4; *Erman/Werner*, § 857, 6; *Erman/A. Schmidt*, § 935, 6; *AK/Dubischar*, § 857, 1; *Soergel/Mühl*, § 857, 5; *Soergel/Damrau*, § 2366, 5; *MünchKomm/Joost*, § 857, 9; *MünchKomm/Quack*, § 935, 16; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 28; *Staudinger/Bund*, § 857, 2, 15; *Baur*, § 52 V 2 acc; *Westermann*, § 15 I 1; *Wolff/Raiser*, § 12 I 5; *Schwab*, Sachenrecht § 7 I; v. *Lübnow*, Erbrecht II S. 1030; *Schlüter*, Erbrecht § 33 VI 1 a; *Leipold*, Erbrecht Rdn. 484; *Strohal*, Erbrecht S. 158 Fn. 13; *Hellwig*, Rechtskraft S. 461; *Werner*, Fälle zum Erbrecht S. 43; *Lange*, Festschrift für Felgenträger S. 305; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 569; *Kuchinke*, Jura 1981, 286; *Parodi*, AcP 185, 365; a. A. *Mansfeld/Moselle*, JuS 1979, 427 f., wenn der objektive Schein für den angeblichen Erben spricht. Wie stets sind aber Rechtsschein und Zurechnung zu trennen. – Offen kann bleiben, ob dies auch gilt, wenn der verfügende Erbe später die Erbschaft ausgeschlagen hat, was die h. M. verneint; vgl. nur *Lüke*, JuS 1978, 255 f. mwN.

<sup>12</sup> Konsequent *Hoffmann*, JuS 1968, 229 Fn. 5, der die Frage des Abhandenkommens auf nachlaßfremde Sachen reduziert, damit aber gerade eine empfindliche Lücke zu Lasten des wirklichen Erben verschuldet. Uneinheitlich dagegen *Wiegand*, JuS 1972, 89 Fn. 9, der trotz seiner Prämisse, es gehe um Erwerb vom Berechtigten, § 935 BGB bemüht, sobald der öffentliche Glaube des Erbscheins nicht eingreife; ebenso *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 28; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 569; *Strohal*, Erbrecht II S. 158 Fn. 13.

<sup>13</sup> So die ganz h. M., derzufolge § 935 BGB bei Vorliegen eines Erbscheins keine Anwendung findet; vgl. etwa *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 3 c; *Soergel/Damrau*, § 2366, 5; *MünchKomm/Joost*, § 857, 9; *MünchKomm/Quack*, § 935, 16; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 28; *Staudinger/Bund*, § 857, 15; *Kipp/Coing*, § 103 II 3; *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3 d; v. *Lübnow*, Erbrecht II S. 1030; *Schlüter*, Erbrecht § 33 VI 1 a; *Leipold*, Erbrecht Rdn. 484; *Hellwig*, Rechtskraft S. 461; *Kuchinke*, Jura 1981, 286; der Sache nach auch *Jauernig/Stürner*, § 2366, 2 b; *Erman/Schlüter*, § 2366, 7.

<sup>14</sup> Auf eine weitere Ungereintheit der h. M. macht schon *Wellspacher*, Vertrauen S. 54 aufmerksam: Der Besitz des Erblassers als ehemaliger Besitz ist keine Legitimationsgrundlage, so daß dessen fehlende Berechtigung nicht überwunden werden könnte. Bei redlichem Erwerb,



Das verfehlte Dogma fordert seinen Preis. War der Erblasser, obgleich Eigentümer des Grundstücks, nicht im Grundbuch vermerkt, so müßte der Erbscheinserbe, der kraft Fiktion dem wahren Erben gleichsteht, als Berechtigter verfügen können, ohne seinerseits eingetragen zu werden.<sup>15</sup> Die dem widersprechende Ansicht<sup>16</sup> kann sich jedenfalls nicht darauf berufen, der Erbschein besage nichts über die Zugehörigkeit einer Sache zum Nachlaß; daß der Gegenstand zum Nachlaß zählt, ist nicht umstritten. Das Scheitern des Erwerbs resultiert aus der mangels eigener Voreintragung oder derjenigen des Erblassers fehlenden Fähigkeit des Veräußerers als des Nichtberechtigten, seinem Partner zur Eintragung im Grundbuch zu verhelfen. Hier kann von der Eintragung des Verfügenden nicht abgesehen werden; redlicher Erwerb ist erst nach entsprechender Korrektur des Grundbuchs möglich.

#### b) Der subjektive Bezug des Geschäfts auf den Nachlaß

Nicht besser ist die These fundiert, § 2366 BGB verlange einen subjektiven Bezug des Geschäfts auf den Nachlaß. Der Wortlaut, der die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes fordert, ist unergiebig; er kann – wie auch entschiedene Verfechter eines subjektiven Blickwinkels zugestehen<sup>17</sup> – auch lediglich betonen, daß objektiv ein aus dem Nachlaß herrührender Gegenstand betroffen sein müsse. Das liegt schon deshalb nahe, weil umgekehrt der irrige Glaube, die Sache stamme aus der Erbmasse, nach einhelliger Ansicht durch § 2366 BGB nicht geschützt wird.<sup>18</sup> Die auf der negativen Formulierung des § 2366 BGB, der Erwerber dürfe die Unrichtigkeit des Erbscheins nicht gekannt haben, aufbauende Deduktion, von einer Kenntnis der Unrichtigkeit könne nur die Rede sein, wenn der Inhalt des Erbscheins dem Erwerber irgendwie zu Ohren gekommen sei,<sup>19</sup> ist ähnlich unschlüssig, wie es die parallele Argumentation bei § 892 Abs. 1 S. 1 BGB wäre. Beide Vorschriften benutzen den gleichen Ausdruck, ohne daß das Postulat, der Erwerber müsse nicht nur das Grundbuch kontrollieren, sondern gestützt auf die dort enthaltene Information das Geschäft vornehmen, sich behaupten könnte. Gegenstand der Kenntnis hier wie dort die wirkliche, im Grundbuch bzw. Erbschein unrichtig bezeugte dingliche Rechtslage des Grundstücks,<sup>20</sup> unabhängig vom Wissen um die Verlautba-

---

gestützt auf den Besitz des Erben, reduziert sich die Funktion des § 2366 BGB notwendig auf den Zurechnungszusammenhang bzw. die Nachforschungsobliegenheit (vgl. dazu unten § 11 I 2b).

<sup>15</sup> Vgl. oben § 10 I 2a.

<sup>16</sup> *Palandt/Edenhofer*, § 2365, 3; *Güthe/Triebel*, § 36, 12, wenn ein anderer als Erbe im Grundbuch eingetragen sei; er wird aber allenfalls als Eigentümer vermerkt.

<sup>17</sup> *Parodi*, AcP 185, 364; ebenso *Vennemann*, JuS 1972, 336 als Verfechter einer objektiven Sicht; a. A. *Wiegand*, JuS 1972, 336 f.; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 2 jeweils mwN.

<sup>18</sup> Auch darauf weist *Parodi*, AcP 185, 364 hin; ebenso *Erman/Schlüter*, § 2366, 7; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 13.

<sup>19</sup> *Parodi*, AcP 185, 364 f.

<sup>20</sup> So etwa für § 892 BGB *AK/L. v. Schweinitz*, §§ 892 f., 86; *Staudinger/Gursky*, § 892, 116; wohl auch RGZ 117, 180, 187; anders wohl, zumindest aber mißverständlich, *Soergel/Baur*, § 892, 28; Bezugspunkt sei die Divergenz zwischen Buchstand und materieller Rechtslage; unklar in der Formulierung *Palandt/Bassenge*, § 892, 6b; *Westermann/Eickmann*, § 101 II 6a.

rung im Grundbuch, ja sogar ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber über seine Existenz unterrichtet ist.<sup>21</sup> Die Information, daß der Veräußerer nicht Inhaber des Rechts ist, kann, muß aber nicht der Einsicht korrespondieren, das Grundbuch gebe nicht die wahre Eigentumslage wieder. Wäre das anders, der Erwerber also nur unredlich, wenn er speziell über die Unrichtigkeit Bescheid wüßte, so bedürfte es stets des Rekurses auf das Grundbuch oder den Erbschein. Diese Konsequenz will nicht einmal die sich eng an den Wortlaut anlehrende Begründung ziehen; natürlich scheitert der Erwerb auch, wenn der Käufer nichts von der Ausstellung des inkorrekten Erbscheins ahnt, dennoch erfahren hat, daß sein Partner nicht Erbe – man hat präziser zu formulieren: nicht Eigentümer – ist.<sup>22</sup> Insofern drücken sich § 892 BGB wie § 2366 BGB nicht exakt aus. Nicht nur das Wissen von der Unrichtigkeit von Grundbuch bzw. Erbschein, sondern auch und erst recht das Wissen vom fehlenden Recht des Veräußerers hindert den Erwerb. Auf einen solchen, evidentermaßen unvollständigen Wortlaut läßt sich freilich nicht die Folgerung stützen, schon das Gesetz sehe vor, der Erwerber habe auf irgendeinem Weg Kenntnis vom Bestehen des Erbscheins erhalten.

Mag sich die h.M. auch mit den Motiven auf die Vorstellung der Gesetzesverfasser berufen können, so wären ihre Konsequenzen doch alles andere als praktikabel. Ein Erwerber, der weder mit dem Erblasser noch mit dem Erbscheinserben vorher je Geschäfte abgeschlossen hatte, wird regelmäßig keinen Anlaß sehen, sich nach der Herkunft des veräußerten Gegenstandes zu erkundigen, etwa die Frage zu stellen, ob er ererbt sei und ob auch ein ordnungsgemäßer Erbschein vorliege. Angesichts des § 935 Abs. 1 BGB wäre trotz eines einmal erteilten Erbscheins jeder Erwerb zum Scheitern verurteilt.<sup>23</sup> Eine geraume Zeitspanne könnte der Erbscheinserbe vielleicht noch auf die Herkunft aufmerksam machen, wenigstens er weiß Bescheid.<sup>24</sup> Doch auch sein aktuelles Bewußtsein von der Zugehörigkeit zur Erbmasse verblaßt mit zunehmendem Abstand zum Erbfall immer mehr; ohne sich damit dem geringsten Vorwurf auszusetzen, haben beide Parteien über das frühere Schicksal der Sache keinerlei Information mehr. Die Gegenstände würden so dem redlichen Erwerb bis zur Verjährung der Herausgabeansprüche entzogen, damit ihrer Verkehrsfähigkeit beraubt,<sup>25</sup> obgleich ein Erwerber, der die Herkunft des Gutes aus einer Erbschaft kennt, sich leichter auf die Verwicklungen der §§ 857, 935 Abs. 1 BGB einrichten kann und mit ihnen rechnen muß, als derjenige, dem der bisherige Weg der Sache verborgen bleibt.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Lutter, AcP 164, 173.

<sup>22</sup> So ausdrücklich auch Parodi, AcP 185, 365.

<sup>23</sup> So denn auch die Falllösung von Wiegand, JuS 1972, 90 (Herausgabe der Truhe).

<sup>24</sup> Mit der alternativen subjektiven Bezugnahme des Erwerbers oder des Veräußerers will sich Soergel/Damrau, § 2366, 2 zufrieden geben.

<sup>25</sup> So denn auch Staudinger/Firsching, § 2366, 3, wenn der Erwerber die Herkunft der Sache aus dem Nachlaß nicht kennt; v. Reibnitz, Erbschein S. 24, der in diesem Zusammenhang aber § 935 Abs. 1 BGB übersieht.

<sup>26</sup> Vennemann, JuS 1972, 336.

Dieser Aporie auszuweichen, der sich auch und erst recht zu stellen hätte, wer den Erwerber nur bei Vorlage des Erbscheins begünstigen will, setzt mehr voraus als die bloße Abschwächung des subjektiven Bezugs, wie sie etwa in dem Vorschlag zum Ausdruck kommt, wenigstens der Veräußerer müsse sich seiner durch den Erbfall erworbenen Zuständigkeit in zumindest allgemeiner Form bewußt bleiben.<sup>27</sup> Gegenteiliger Beteuerung zum Trotz läuft die Abgrenzung Gefahr, in eine mehr oder weniger weit reichende Fiktion abzugleiten. Man verzichtet so im Resultat auf den subjektiven Bezug, weiß zuletzt die Funktion einer solchen, nur mehr unterschwelligen Verbindung nicht mehr zu beschreiben. Das alles ist obendrein der Tribut dafür, daß mit dem Postulat der h.M. gegen ein Grundanliegen des redlichen Erwerbs und seines Zwecks verstoßen wird. Der Erwerber braucht sich bis zur Grenze der Zurechnung und der Redlichkeit nicht darum zu kümmern, ob vorangegangene Verfügungen, welcher Art auch immer, wirksam waren oder an Fehlern litten.

## 2. Die Einordnung in den Erwerb vom Nichtberechtigten

Auch für den Erbschein ist also ein Erklärungsmodell angeraten, das individuelles Vertrauen auf den Rechtsschein und den durch ihn veranlaßten Vertragsschluß entbehren kann. § 2366 BGB tritt als Regelung des Erwerbs vom Nichtberechtigten ergänzend neben die §§ 892f., 932ff. BGB, verdrängt sie aber nicht und fügt sich so in das System des Verkehrsschutzes ein, das nicht von einer Anknüpfung an einen vorgängigen Rechtsschein geprägt wird. Der intakte Erbschein kompensiert die fehlende Berechtigung des Veräußerers, soweit sie daraus resultiert, daß nicht er, sondern ein Dritter Erbe geworden war.

### a) Immobilien

§ 40 Abs. 1 GBO sieht von der Voreintragung des Erben ab; er kann, obgleich noch der Erblasser im Grundbuch vermerkt ist, das Immobiliarsachenrecht sogleich weiterveräußern. Dem Grundbuchamt gegenüber hat er seine Stellung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO durch den Erbschein zu belegen, während es – wie generell im Grundstücksverkehr – im Verhältnis zum Erwerber keines Nachweises bedarf. Damit reduzieren sich die Voraussetzungen redlichen Erwerbs auf Geläufiges. Er glückt, wenn der Veräußerer in der Lage ist, die Eintragung seines Partners zu bewirken. Die genauen Details der Abwicklung im Grundbuch tangieren den Erwerber nicht; aus seiner Sicht spielt es keine Rolle, ob seiner Eintragung nur diejenige des Erblassers oder auch eine Zwischeneintragung des Veräußerers vorangegangen war.<sup>28</sup> Die Rechtsnachfolge von Todes wegen zu klären, ist das Nachlaßgericht im Verhältnis zum Grundbuchamt die sachnähere Instanz, weswegen der Erbschein

---

<sup>27</sup> So indes MünchKomm/Promberger, § 2366, 13.

<sup>28</sup> Denselben Gedanken äußern auch die Mot. V 569 = Mugdan V 304 für den Maßstab der Redlichkeit. Da das Grundbuch selbst, soweit es sich um die Verlautbarung eines Erben handle, auf dem Erbschein beruhe, sei eine Differenzierung danach nicht angebracht, ob der Erbe eingetragen sei oder nicht.

auch die Basis für die Grundbuchberichtigung ist. Bei einer Verfügung durch den Erbscheinserben kann daher ohne Verlust kompetenter Kontrolle auf den eher formalen Zwischenschritt der Voreintragung des vermeintlichen Erben verzichtet werden.

Im Einklang mit der unmißverständlichen Regelung des § 2366 BGB eignet sich als Grundlage redlichen Erwerbs lediglich der Erbschein, während andere Belege, wie sie beispielsweise in § 35 Abs. 1 S. 2 GBO genannt werden, nicht genügen;<sup>29</sup> ist der angebliche Erbe aufgrund dieser Vorschrift im Grundbuch eingetragen, ist ohnehin und ausschließlich § 892 BGB einschlägig.

#### b) Bewegliche Sachen

Beim Erwerb beweglicher Sachen wirkt der Erbschein in zweifacher Hinsicht.

(1) Zum einen blendet er die §§ 857, 935 Abs. 1 BGB aus. Während die Normen den wahren Erben im Regelfall ungeachtet des guten Glaubens des Erwerbers vor dem Verlust seines Eigentums abschirmen, büßt er den Schutz gegenüber den Verfügungen des angeblichen Erben ein, sobald dieser durch einen Erbschein ausgewiesen ist. Der Effekt beruht von vornherein nicht auf einer irgendwie gearteten Kenntnis des Erwerbers von der Existenz des Erbscheins; ist ihm im Wirkungsfeld des § 935 Abs. 1 BGB der Einwand abgeschnitten, er habe sorgfältig nachgefragt, schließlich redlicherweise annehmen dürfen, sein Partner sei als Rechtsinhaber zur Veräußerung befugt, so braucht er, da § 935 Abs. 1 BGB durch § 2366 BGB außer Kraft gesetzt ist, keinerlei Erkundigungen einzuziehen. Zurechnung und konkretes Vertrauen sind nicht ineinander verschränkt, bedingen sich nicht gegenseitig.

Die Funktion des Erbscheins, den durch die §§ 857, 935 Abs. 1 BGB unterbrochenen Zurechnungszusammenhang wieder zu knüpfen, spiegelt die vielfachen Kautelen wider, welche seine Ausstellung begleiten und dem Nachlaßgericht eine fortlaufende Kontrolle ermöglichen,<sup>30</sup> die darin gipfelt, daß es den Erbschein zurückzufordern hat, wenn es die Voraussetzungen nicht mehr in dem für die Erteilung nötigen Maße für gewährleistet erachtet.<sup>31</sup> In Parallele zum Grundbuch<sup>32</sup> ersetzt die gerichtliche Nachforschung die Notwendigkeit der Zurechnung. Der wahre Erbe wird dadurch nicht unbillig getroffen: Hat er doch regelmäßig die Chance, im Erteilungsverfahren seine Rechte geltend zu machen oder auf die Einziehung eines falschen Zeugnisses hinzuwirken.

(2) Anlaß, die vorgebliche Berechtigung des Veräußerers einer näheren Kontrolle zu unterziehen, hätte der Erwerber allenfalls, sollte er, auf welchem Weg auch

<sup>29</sup> *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3 d.

<sup>30</sup> *Johannsen*, WM 1972, 1052; *ders.*, Anm. zu BGH LM Nr. 5 zu § 2361 BGB.

<sup>31</sup> BGHZ 40, 54, 56; 47, 58, 64; BayObLGZ 1977, 59, 61 f.; 1981, 38, 41; BayObLG NJW 1953, 144, 145; KG NJW 1963, 766, 768; OLG Frankfurt OLGZ 1978, 267, 271 mwN.; *Jauernig/Stürmer*, § 2361, 1 a; RGRK/Kregel, § 2361, 1; *Soergel/Damrau*, § 2361, 8; Münch-Komm/Promberger, § 2361, 20; *Lange/Kuchinke*, § 41 VI 2; v. *Lübnow*, Erbrecht II S. 1033 f.; *Brox*, Erbrecht Rdn. 596; *Schlüter*, Erbrecht § 33 IV 2 a; *Johannsen*, WM 1972, 1052; *ders.*, Anm. zu BGH LM Nr. 5 zu § 2361 BGB; skeptisch *Staudinger/Firsching*, § 2361, 14.

<sup>32</sup> Vgl. dazu die Nachw. in § 10 II 4 Fn. 102.

immer, erfahren haben, das vermeintliche Eigentum seines Partners leite sich aus einer Rechtsnachfolge von Todes wegen ab. Angesprochen ist damit die Redlichkeit des Erwerbers, in erster Linie die Frage, ob und inwieweit ihn eine Nachforschungsobliegenheit trifft. Der Notwendigkeit, sich über die bisherige Geschichte des Vertragsgegenstandes zu informieren, ist er nicht nur im Grundstücksverkehr entzogen, sondern auch im Mobiliarsachenrecht. Im Gegensatz zu § 932 Abs. 2 BGB sanktioniert § 2366 BGB nur positives Wissen von der fehlenden Rechtszuständigkeit und stellt den Erwerber von jeder Prüfung frei, soweit der Übergang aufgrund einer angeblichen Erbenstellung betroffen ist.

Daß der Erwerber keine Nachforschungen durchzuführen braucht, hat wie im Grundstücksverkehr seinen vernünftigen Grund. Mag nämlich durchaus fraglich sein, ob ein Erwerber, der Erkundigungen unterlassen hat, sich darauf zurückziehen kann, seine Sondierungen hätten seinen Verdacht zerstreut,<sup>33</sup> so ändert sich beim Erbschein das Bild. Hier darf sich der Käufer jedenfalls mit der Vorlage zufrieden geben; weitere Details nachzufragen ist ihm nicht nur nicht zuzumuten, sondern schlicht sinnlos: Der Erbschein stellt ihn hiervon frei; zu klären, wer Erbe geworden ist, ist schon deswegen Aufgabe des Nachlaßgerichts, weil diesem überlegene Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts zu Gebote stehen, über die der Erwerber nicht verfügt. Die Argumentation, Erkundigungen seien geeignet erst, wenn sie die Nichtberechtigung des Partners ergeben hätten,<sup>34</sup> ist daher beim Erbschein – soll dieser seinen Sinn behalten – fehl am Platz. Die hypothetische Betrachtung entlastet

---

<sup>33</sup> Ablehnend etwa RGZ 143, 14, 19 (mit äußerst anfechtbarem Umkehrschluß: Habe der Erwerber der Nachforschungspflicht genügt, so sei grobe Fahrlässigkeit zu verneinen, umgekehrt sei sie zu bejahen, wenn er keine Erkundigungen eingezogen habe); 147, 321, 331; BGH WM 1958, 754, 755; 1968, 540, 542; OLG Frankfurt WM 1975, 1050, 1051; MünchKomm/Quack, § 932, 42, 44; RGRK/Pikart, § 932, 61; Weyer, NJW 1966, 960f.; Wiegand, JuS 1974, 208 Fn. 95 (bei Obliegenheiten spiele Kausalität keine Rolle); Westermann, § 46, 2b (da die Verletzung der Nachprüfungspflicht den Interessenwettstreit zwischen Eigentümer und Erwerber zugunsten des Eigentümers entscheide; ebenso Wiegand, JuS 1974, 208; das ist nur die Paraphrasierung des Ergebnisses); Soergel/Mühl, § 932, 13; Kernert, JW 1934, 353; a. A. OLG Saarbrücken NJW 1968, 1936; Jauernig, § 932 II 3b a. E.; Staudinger/Berg<sup>11</sup>, § 932, 24 („u. U. unbillig“); Mormann, WM 1966, 9; offengelassen von BGHZ 77, 274, 279; Erman/Hagen, § 932, 12; widersprüchlich AK/Reich, §§ 932f., 13, der nicht nur dem RG, sondern auch Mormann zustimmt.

Für die Mindermeinung spricht nicht zuletzt der Wortlaut des § 932 Abs. 2 BGB, der fordert, das fehlende Eigentum müsse „infolge“ grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein (OLG Saarbrücken NJW 1968, 1936; Mormann, WM 1966, 9), ferner daß die Erkundigungsobliegenheit kein Selbstzweck ist (Jauernig, § 932 II 3b).

<sup>34</sup> MünchKomm/Quack, § 932, 42 unter unzutreffender Berufung auf BGHZ 18, 226, 233. BGH WM 1968, 540, 542 meint, der Einwand, die Erkundigung hätte keine Aufhellung darüber gebracht, daß das Eigentum einem Dritten gehöre, sei unbeachtlich, da das Eigentum des Dritten feststehe, und vermengt damit Eigentumslage und Redlichkeit. Auch die in Fn. 33 zitierte Ansicht von Westermann und Wiegand, die Nachforschungsobliegenheit kläre den Konflikt zwischen Eigentümer und Erwerber, hätte hier, da die Nachforschung nichts ergeben kann, keinen Platz.

den Erwerber. Auf seine Frage hin hätte ihm der Verfügende jedenfalls den Erbschein vorlegen können, was weitere Untersuchungen überflüssig gemacht hätte. Im Resultat, wenn auch nicht in der Begründung, ist der h.M. daher zuzustimmen. Vertrauen auf den Erbschein und Kausalität zwischen diesem und dem Geschäft sind in jeder denkbaren Konstellation unnötig.

## II. Die Konsequenzen

### 1. Die Existenz und Gültigkeit des Erbscheins

Ist auch die Kenntnis des Erwerbers vom Rechtsschein in gleicher Weise entbehrlich wie die Kausalität, so läßt sich auf die Existenz des Erbscheins selbst nicht verzichten. Zumindest bei Vollendung des Geschäfts muß er vorliegen,<sup>35</sup> wie er umgekehrt durch Kraftloserklärung seine Wirkung verliert, obgleich der Rechtsschein als solcher damit nicht zwangsläufig zerstört wird und keineswegs sichergestellt ist, daß der Käufer über die gerichtlichen Maßnahmen unterrichtet wird oder auch nur davon erfahren kann.<sup>36</sup> Auch der Gutgläubige findet im Erbschein keinen Beleg für seine Vermutung, die dort verzeichnete Nacherbfolge sei noch nicht eingetreten<sup>37</sup> bzw. der Miterbe habe seinen Erbteil noch nicht veräußert,<sup>38</sup> genausowenig wie der „öffentliche Glaube“ darunter leidet, daß der Erbschein vorläufig an das Nachlaßgericht zurückgeliefert ist und daher nicht vorgelegt werden kann.<sup>39</sup> Schließlich nimmt die Anordnung des § 2368 Abs. 3 Halbs. 2 BGB, das dem Erbschein parallel konstruierte Testamentsvollstreckerzeugnis büße mit Ablauf der Amtszeit automatisch seine Wirkung ein, keine Rücksicht darauf, zu welcher Mutmaßung der Partner gekommen ist oder redlicherweise kommen durfte.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Vgl. auch unten § 11 II 3.

<sup>36</sup> Palandt/Edenhofer, § 2366, 2; Erman/Schlüter, § 2366, 8; RGRK/Kregel, § 2366, 1, 7; MünchKomm/Promberger, § 2366, 8; Staudinger/Firsching, § 2366, 2; Planck/Greifff, § 2366 V 2; Lange/Kuchinke, § 41 VII 4; v. Lübtow, Erbrecht II S. 1025; Schlüter, Erbrecht § 33 V 4; Kretzschmar, Erbrecht S. 430; Wiegand, JuS 1975, 285.

<sup>37</sup> RGRK/Kregel, § 2366, 7; MünchKomm/Promberger, § 2366, 6; Strohal, Erbrecht II S. 152.

<sup>38</sup> BGH WM 1963, 219, 220; Jauernig/Stürner, § 2366, 1c; Palandt/Edenhofer, § 2366, 1, 3 vor a; Erman/Schlüter, § 2366, 6; MünchKomm/Promberger, § 2366, 6; Staudinger/Firsching, § 2366, 11; Kipp/Coing, § 103 I.

<sup>39</sup> BGHZ 40, 54, 59 f.; BayObLG NJW 1963, 158, 160; RGRK/Kregel, § 2366, 10; MünchKomm/Promberger, § 2366, 8; a. A. Lindacher, NJW 1974, 21, soweit der Erwerber die vorläufige Einziehung kenne; ebenso Habscheid. Freiwillige Gerichtsbarkeit § 55 IV 2b.

<sup>40</sup> Prot. V 690 = 7796 f. = Mugdan V 844; RGZ 83, 348, 352; RG WarnR 1910 Nr. 426 = S. 447; Jauernig/Stürner, § 2368, 1d; Palandt/Edenhofer, § 2368, 9 vor a; Erman/Schlüter, § 2368, 4; RGRK/Kregel, § 2368, 10; Soergel/Damrau, § 2368, 15; MünchKomm/Promberger, § 2368, 37; Staudinger/Firsching, § 2368, 24; Planck/Greifff, § 2368, 9; Lange/Kuchinke, § 41 VIII 4; v. Lübtow, Erbrecht II S. 978; Brox, Erbrecht Rdn. 599; Schlüter, Erbrecht § 42 XIII 4; Strohal, Erbrecht II S. 173; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb S. 207; sehr kritisch mit Blick auf den Vertrauensschutz Wellspacher, Vertrauen S. 55 f.

Unter diesem Aspekt ist die auf ein obiter dictum des RG (Z 83, 348, 352) sich stützende

## 2. Die Geltung des § 933 BGB

Die von der h.M. postulierte Sonderrolle der Verfügungen des Erbscheinserben als derjenigen eines fiktiv Berechtigten scheint es zu gestatten, von den differenzierenden Voraussetzungen der §§ 932 ff. BGB abzusehen. Namentlich soll im Gegensatz zu § 933 BGB redlicher Erwerb mit der dinglichen Einigung perfekt und nicht auf den Zeitpunkt der Übergabe hinausgeschoben sein.<sup>41</sup> Die Ratio der Abweichung bleibt auch und gerade in einer traditionellen Sicht des § 933 BGB im dunkeln. Nützt dem Erwerber im Normalfall guter Glaube an die Berechtigung seines Partners nichts, solange sich dieser der Sache nicht entledigt<sup>42</sup> bzw. – will man § 933 BGB korrekt verstehen – der Eigentümer noch mittels seines Herausgabeanspruchs auf die Sache zugreifen kann,<sup>43</sup> so sind Vertrauen auf den Rechtsschein bzw. der subjektive Bezug des Geschäftes auf die Erbschaft und die Position des Berechtigten als Sperre redlichen Erwerbs streng zu scheidende Gesichtspunkte. Selbst wenn man einem Konzept anhängen wollte, das angesichts eines verglichen mit dem Besitz verdichteten Rechtsscheins eines öffentlichen Zeugnisses die Voraussetzungen des Gutgläubensschutzes reduzierte, so könnten sich die zurückgenommenen Anforderungen in einer Milderung des Redlichkeitsmaßstabs niederschlagen, nicht jedoch den Erwerber in der Konkurrenz zum Eigentümer privilegieren, solange sich die Zugriffsmöglichkeit noch nicht zu seinen Gunsten verschoben hat. Auch die Eingruppierung des § 2366 BGB als Spezialvorschrift zu den §§ 892 f., 932 ff. BGB dürfte nicht darauf verzichten, die divergierende Handhabung abzusichern – eine Mühe, der sich ersichtlich noch kein Verfechter der h.M. unterzogen hat –, ohne daß das unterschiedlich fundierte Vertrauen eine hinreichende Stütze abgäbe.<sup>44</sup>

---

h.M., eine zeitliche Begrenzung, die auf einer Anordnung des Erblassers in der letztwilligen Verfügung beruhe und im Erbschein nicht vermerkt sei, brauche der Erwerber nicht gegen sich gelten zu lassen (so etwa *Palandt/Edenhofer*, § 2368, 9a; *Erman/Schlüter*, § 2368, 4; *Soergel/Damrau*, § 2368, 9; *MünchKomm/Promberger*, § 2368, 3, 35, 36; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 207; a.A. *Staudinger/Firsching*, § 2368, 26 iVm. 14) durchaus problematisch. Zum einen gibt das Zeugnis auch ansonsten keine Auskunft darüber, ob der Ausgewiesene noch Testamentsvollstrecker ist (vgl. nur *MünchKomm/Promberger*, § 2368, 3 mwN.), so daß die Subsumtion unter den Begriff der beschränkten Verwaltung (so etwa *Lange/Kuchinke*, § 41 VIII 4) gequält wirkt. Zum anderen wird ein Vertrauen privilegiert, das dem System des Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses nach nicht notwendig und dessen Schutz daher ein Fremdkörper ist (vgl. schon *Planck/Greif*, § 2368, 9).

<sup>41</sup> *Staudinger/Firsching*, § 2366, 8, 30; v. *Lübtow*, Erbrecht II S. 1030; *Stroh*, Erbrecht II S. 159; *Boehmer*, AcP 154, 62; *Kuchinke*, Jura 1981, 286 f.; *Hellwig*, Rechtskraft S. 461; *Fischer*, Erbschein S. 44; v. *Reibnitz*, Erbschein S. 28.

<sup>42</sup> Vgl. dazu oben § 8 II 1 b.

<sup>43</sup> Vgl. dazu oben § 8 II 1 c.

<sup>44</sup> Daß § 2366 BGB im Kontrast zu § 934 Fall 1 BGB auf den mittelbaren Besitz des Zeden-ten verzichtet, solange nur der Herausgabeanspruch zum Nachlaß zählt, ist entgegen *Stroh*, Erbrecht II S. 159; *Boehmer*, AcP 154, 62; *Fischer*, Erbschein S. 44 kein Spezifikum des Erbscheins, sondern gilt allgemein; vgl. oben § 7 IV. § 2366 BGB erweitert den Verkehrsschutz nur, soweit er auch redlichen Erwerb der Forderung zuläßt und damit erst die Basis des

§ 2366 BGB auf die ihm angemessene Aufgabe zurückzuschneiden, seine Funktion darauf zu beschränken, den durch § 857 BGB unterbrochenen Zurechnungszusammenhang wieder zu knüpfen und Abstand von Nachforschungsobliegenheiten zu nehmen, vermeidet solche nicht hinterfragte Brüche, hält an dem Hemmnis des redlichen Erwerbs durch den konkurrierenden Herausgabeanspruch des Eigentümers fest und paßt die Veräußerung durch den Scheinerben auch unter diesem Blickwinkel in das System der §§ 932 ff. BGB ein.

### 3. Die Geltung des § 892 Abs. 2 BGB

Die Parallelproblematik wiederholt sich im Grundstücksrecht. Nur vor dem Hintergrund eines vermeintlichen Vorrangs des § 2366 BGB wird der Streit um die analoge Geltung des § 892 Abs. 2 BGB verständlich, die die h.M. mißbilligt,<sup>45</sup> die Mindermeinung um so vehementer verfiert.<sup>46</sup> Mehr als den Hinweis, § 2366 BGB sehe eine dem § 892 Abs. 2 BGB korrespondierende Anordnung nicht vor,<sup>47</sup> sowie den Gegeneinwand, eine analoge Vorschrift sei nicht geschaffen worden, weil der veräußerte Erbschaftsgegenstand nicht notwendig ein Grundstück sei,<sup>48</sup> hat die Diskussion bislang allerdings nicht erbracht.

Dabei hätte die von der h.M. zumeist zitierte Entscheidung durchaus Anlaß gegeben, die Fragestellung zu vertiefen. Im Fall des BGH hatte sich der Veräußerer den Erbschein erst nach der dinglichen Einigung und der Stellung des Eintragungsantrags erteilen lassen.<sup>49</sup> Wenn das Gericht § 892 Abs. 2 BGB nicht dahin gehend verstehen will, der zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung noch fehlende Erbschein habe redlichen Erwerb verhindert, so verdient es, was das Ergebnis anbelangt, Zustimmung schon deshalb, weil § 892 Abs. 2 BGB in analoger Anwendung nicht weiter gehen kann als in direkter. Scheitert redlicher Erwerb nicht an der zum Zeitpunkt der dinglichen Einigung noch fehlenden Voreintragung

---

redlichen Erwerbs der Sache selbst schafft. Der Einwand von *Wellspacher*, Vertrauen S. 54, der Erbscheinserbe habe keinen mittelbaren Besitz, weswegen § 934 Fall 1 BGB ausscheide, träge daher nur die h.M. (und wäre ein weiteres Argument gegen sie), bestätigt umgekehrt die hier vertretene Ansicht. – Die Position des wirklichen Erben sperrt nicht, da er den Herausgabeanspruch im selben Augenblick verliert, in dem ihn der Zessionar redlich erwirbt.

<sup>45</sup> *Jauernig/Stürner*, § 2366, 1 d; *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 2; *Erman/Schlüter*, § 2366, 5; *RGRK/Kregel*, § 2366, 10; *Soergel/Damrau*, § 2366, 2, 4; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 29; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 8, 24; *Planck/Greifff*, § 2366 V 1 b; *Brox*, Erbrecht Rdn. 590; *v. Lübtow*, Erbrecht II S. 1028 mit Fn. 42; *Kretzschmar*, Erbrecht S. 431 Fn. 18; *Schlüter*, PdW Erbrecht Fall 280; *Wiegand*, JuS 1975, 285; *Kuchinke*, Jura 1981, 286, 287 f.; *Krafft*, SeuffBl 64, 290; offengelassen von *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 620.

<sup>46</sup> BGHZ 57, 341, 343; *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3 e; *Leipold*, Erbrecht Rdn. 485; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 202 f.

<sup>47</sup> *v. Lübtow*, Erbrecht II S. 1028 Fn. 42; *Wiegand*, JuS 1975, 285.

<sup>48</sup> *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 202. Ebenso führt der Hinweis auf das Anwartschaftsrecht (so *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 29; *Lange/Kuchinke*, § 41 VII 3 e) nicht weiter, da er lediglich das Ergebnis antizipiert.

<sup>49</sup> BGH WM 1971, 54.



des Verfügenden, solange sie nachgeholt wird und der Erwerber bis zu diesem Zeitpunkt redlich bleibt, so kann bei entsprechender Geltung der Norm im Bereich des § 2366 BGB nichts anderes verbindlich sein, falls der noch ausstehende Erbschein vor Vollendung der Veräußerung erteilt wird.<sup>50</sup> Es führte zu einer schwer zu legitimierenden Diskrepanz, wenn der Veräußerer mit Hilfe des Erbscheins nicht direkt die Eintragung seines Partners in die Wege leitete, sondern sich zunächst selbst im Grundbuch als Eigentümer vermerken ließe. Der dann einschlägige § 892 Abs. 1 BGB würde den Erwerber schützen, ohne daß hieran § 892 Abs. 2 BGB etwas zu ändern vermöchte.<sup>51</sup>

Nach all dem eignet sich das Urteil im Hinblick auf die spezielle Gestaltung des zu entscheidenden Sachverhalts nicht als Stütze der h. M.,<sup>52</sup> wenngleich der BGH an dem Mißverständnis ein gerüttelt Maß an Schuld trägt. Indem er als Beleg seiner Ansicht lapidar § 892 Abs. 2 BGB als Regelung des guten Glaubens an den Inhalt speziell des Grundbuchs kennzeichnet<sup>53</sup> – ein Argument, das die h. M. unbedacht repetiert<sup>54</sup> –, greift er angesichts eines schon aus anderen Gründen feststehenden Ergebnisses nicht nur unnötig weit aus, sondern riskiert darüber hinaus einen Wertungswiderspruch, den der soeben gezogene Vergleich verdeutlicht: Wäre doch der Erwerber begünstigt, dessen Partner seine Voreintragung bewirkt, die nicht notwendig zeitlich mit der Registrierung des Käufers zusammenfallen muß, obgleich dieser vom Erwerber gar nicht zu steuernden Tatsache keine Bedeutung beigemessen werden dürfte. Im Gegenteil will § 40 Abs. 1 GBO durch den Verzicht auf die Zwischeneintragung den Erwerb vom Erbscheinserben privilegieren,<sup>55</sup> ohne auf der anderen Seite Verfügungen Nichtberechtigter zu erschweren. Nicht zuletzt kann auch die h. M. keinen teleologisch tragfähigen Grund nennen, der eine unterschiedliche Regelung rechtfertigen könnte. Ihre formale Absicherung – das Fehlen einer dem § 892 Abs. 2 BGB parallelen Vorschrift – entpuppt sich bei richtiger Einordnung des § 2366 BGB als unzureichend. Soweit der Erblasser im Grundbuch vermerkt ist, erübrigt § 40 Abs. 1 GBO die Zwischeneintragung des Verfügenden, der sein Erbrecht durch einen Erbschein belegen kann. Damit wird das Geschäft mit dem scheinbaren Erben als einem Nichtberechtigten in die Lösung des § 892 BGB integriert, mit der Modifikation, daß an die Stelle der Voreintragung des Veräußerers diejenige des Erblassers verbunden mit dem Erbschein zugunsten des Verfüg-

<sup>50</sup> OLG Stettin LZ 1932, 123, 124; *Soergel/Damrau*, § 2366, 4; ebenso im Ergebnis, wenngleich ohne Begründung, *Kipp/Coing*, § 103 II 2 Fn. 14; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht Rdn. 620; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 203.

<sup>51</sup> Vgl. dazu oben § 10 II 1 a.

<sup>52</sup> Berechtigt ist daher die Kritik von *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb S. 203.

<sup>53</sup> BGH WM 1971, 54 unter 1.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Jauernig/Stürmer*, § 2366, 1 d; *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 2; *Erman/Schlüter*, § 2366, 5; *RGRK/Kregel*, § 2366, 10; *Soergel/Damrau*, § 2366, 2, 4; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 29; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 8, 24; *Wiegand*, JuS 1975, 285.

<sup>55</sup> Vgl. etwa *Horber/Dembarter*, § 40, 1; *KEHE/Herrmann*, § 40, 1; *Meikel/Sievekings*, § 40, 1; *Güthe/Triebel*, § 41, 1; *Adlerstein*, Rechtsgeschäfte S. 28.

den tritt. Es geht damit um eine direkte, durch § 2366 BGB ergänzte Anwendung des § 892 BGB, natürlich auch seines Absatzes 2; die Frage nach der analogen Geltung verfehlt von vornherein den kritischen Punkt.

Der Erwerber muß natürlich redlich bleiben, bis der Erbschein erteilt wird, auch wenn mit der dinglichen Einigung und dem Eintragungsantrag die übrigen Voraussetzungen des dinglichen Geschäfts erfüllt sind. Die Ausstellung des Erbscheins ist dann vorletztes Merkmal iS. des § 892 Abs. 2 BGB.

#### 4. Der Vorrang des Widerspruchs im Grundbuch vor dem Erbschein

Ein Widerspruch im Grundbuch geht dem Erbschein vor.<sup>56</sup> Das ist mühelos zu deuten, soweit bereits gegen die Berechtigung des Erblassers selbst protestiert wird. Der Erbschein weist nicht die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft aus,<sup>57</sup> der Veräußerer kann auch mit Hilfe des § 40 Abs. 1 GBO seinem Partner nicht eine Eintragung ohne Widerspruch verschaffen.<sup>58</sup>

In Erklärungsnöte kommt die h.M. dagegen, wenn sich der Widerspruch gegen die Eintragung des Erbscheins selbst wendet. Daß die Grundbucheintragung ihrer speziellen Wirkung wegen Vorrang vor dem Erbschein habe,<sup>59</sup> ist nicht mehr als die Wiederholung des Ergebnisses und obendrein in sich wenig plausibel. Da der Erwerber das Grundbuch nicht einzusehen braucht, verläßt er sich u. U. auf den ihm vorgelegten Erbschein<sup>60</sup> – womit die Rechtfertigung mit Hilfe von Vertrauens Gesichtspunkten versagt. Will überdies der Erbschein den Käufer so stellen, als kontrahiere er mit dem Rechtsinhaber,<sup>61</sup> so ginge ein Widerspruch, der den Rechtsinhaber

<sup>56</sup> *Erman/Schlüter*, § 2366, 7; *RGRK/Kregel*, § 2366, 12; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 44; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 28; *Planck/Greifff*, § 2366 VI 1; *Strohal*, *Erbrecht* II S. 156 Fn. 9; *Kretzschmar*, *Erbrecht* S. 433; *Palandt/Edenhofer*, § 2365, 3; unklar *ders.*, § 2366, 3b, der den Widerspruch nur vorgehen lassen will, wenn der Erwerber zwischen Antrag und Eintragung bösgläubig wird; wohl auch *v. Lübtow*, *Erbrecht* II S. 1027.

<sup>57</sup> *Erman/Schlüter*, § 2366, 7; *Kipp/Coing*, § 103 II 4; *Schlüter*, *Erbrecht* § 33 VI 4; *Brox*, *Erbrecht* Rdn. 590; *Leipold*, *Erbrecht* Rdn. 484; *Strohal*, *Erbrecht* II S. 156 Fn. 9; *Kretzschmar*, *Erbrecht* S. 432; *Tiedtke*, *Gutgläubiger Erwerb* S. 204; *Adlerstein*, *Rechtsgeschäfte* S. 38; die abweichende Formulierung von *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 3b betrifft den Fall, in dem das Grundstück kraft Eintragung im Grundbuch als zum Vermögen des Erblassers und damit der Erbschaft gehörig gilt.

<sup>58</sup> Ist der Widerspruch unbegründet oder zugunsten eines seinerseits Nichtberechtigten eingetragen, so bleibt es bei der Möglichkeit redlichen Erwerbs; vgl. *Strohal*, *Erbrecht* II S. 156 Fn. 9; *Hellwig*, *Rechtskraft* S. 463 Fn. 21; *Adlerstein*, *Rechtsgeschäfte* S. 38.

<sup>59</sup> *Erman/Schlüter*, § 2366, 7; *Palandt/Edenhofer*, § 2365, 3; *Soergel/Damrau*, § 2366, 1; *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 44; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 28; *Planck/Greifff*, § 2366 VI 1; *Schlüter*, *Erbrecht* § 33 VI 4; *Strohal*, *Erbrecht* II S. 156 Fn. 9; *Adlerstein*, *Rechtsgeschäfte* S. 30, 39; a. A. *Fischer*, *Erbschein* S. 43.

<sup>60</sup> Eine Gegenmeinung, die vor allem kurz nach Erlaß des BGB Anhänger fand, war denn auch der Auffassung, daß nur der öffentliche Glaube des Grundbuchs, nicht derjenige des Erbscheins ausgeschlossen sei (*Eßlinger*, *Erbschein* S. 99 Fn. 1); das ist vom Konzept der Vertrauensentsprechung her zwar konsequent, wird aber, wie der Text sogleich zeigen soll, dem System des § 892 BGB nicht gerecht.

<sup>61</sup> Vgl. die Nachw. oben § 11 I Fn. 4.

nur gegen Verfügungen Nichtberechtigter absichern kann, definitionsgemäß ins Leere.

Die Ungereimtheiten lösen sich auf, wenn man die Fähigkeit des Verfügenden in den Vordergrund rückt, seinem Partner zur Eintragung zu verhelfen. An ihr fehlt es. Zwar ist der Scheinerbe im Grundbuch vermerkt, gegen die Richtigkeit des Grundbuchs protestiert aber der Widerspruch. § 40 Abs. 1 GBO kommt nicht zum Zug, schon weil er lediglich die fehlende Registrierung des Erben zu überbrücken vermag.

### 5. Widersprüchliche Erbscheine

Sind zwei Erbscheine ausgestellt, die sich inhaltlich widersprechen, so soll die Divergenz beide ihrer Funktion entkleiden – so jedenfalls will es die h.M. sehen.<sup>62</sup> Sie gerät freilich in Gefahr, in der Absicherung ihrer Position allzusehr zu simplifizieren, so etwa, wenn sie sich auf das Argument zurückzieht, allein durch den konkurrierenden Erbschein fielen die Vermutung des § 2365 BGB und der an sie gekoppelte Schutz des redlichen Erwerbers in sich zusammen.<sup>63</sup> Es ist schon keineswegs ausgemacht, daß die beiden Normen derart miteinander verwoben sind, wie das die h.M. notwendigerweise postulieren muß,<sup>64</sup> daß § 2366 BGB nicht nur auf den in § 2365 BGB näher präzisierten Umfang der betroffenen Geschäfte zurückgreift.<sup>65</sup> Redlicher Erwerb ist weder hinreichend durch parallel laufende Vermutungen gerechtfertigt, noch setzt er sie zwingend voraus; der von § 1006 BGB völlig abgehobene § 934 Fall 2 BGB mag erneut als Beleg genügen.

Es kommt wohl nicht von ungefähr, daß sich gerade in diesem Problemfeld der zahlenmäßig stärkste Widerstand gegen die h.M. formiert und mit Nuancen im

<sup>62</sup> BGHZ 33, 314, 317 mit zustimmender Anm. von *Piepenbrock*, LM Nr. 1 zu § 2366 BGB (wo der Streit – vom BGH unbeachtet – gar nicht entscheidungserheblich war: Die unentgeltliche Verfügung des scheinbaren Vollerben, in Wirklichkeit aber durch die Anordnung einer Nacherbschaft Beschränkten war jedenfalls nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB rückabzuwickeln); 58, 105, 108; *Jauernig/Stürmer*, § 2365, 1a; *Erman/Schlüter*, § 2366, 4; RGRK/*Kregel*, § 2366, 9; *Soergel/Damrau*, § 2366, 3; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 19; *Planck/Greifff*, § 2366 VII; *Kipp/Coing*, § 103 III; v. *Lübnow*, *Erbrecht* II S. 1021; *Schlüter*, *Erbrecht* § 33 V 6; *ders.*, PdW *Erbrecht* Fall 282; *Crome*, *Erbrecht* S. 288, 293; *Tiedtke*, *Gutgläubiger Erwerb* S. 197; *Johannsen*, WM 1972, 1053; *Fischer*, *Erbschein* S. 21; *Brox*, *Erbrecht* Rdn. 589, der aber Schutz nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen gewähren will; *Palandt/Edenhofer*, § 2365, 1 vor a; zunehmend skeptisch *ders.*, § 2366, 2; zögernd auch *MünchKomm/Promberger*, § 2366, 9f.

<sup>63</sup> So etwa BGHZ 33, 314, 317 mit zustimmender Anm. von *Piepenbrock*, LM Nr. 1 zu § 2366 BGB; *Jauernig/Stürmer*, § 2366, 1a; *Erman/Schlüter*, § 2365, 2; § 2366, 4; RGRK/*Kregel*, § 2365, 2; § 2366, 9; *Soergel/Damrau*, § 2366, 3; *MünchKomm/Promberger*, § 2365, 19; § 2366, 9; *Staudinger/Firsching*, § 2365, 28; § 2366, 19; *Planck/Greifff*, § 2365, 7b; § 2366 VII; v. *Lübnow*, *Erbrecht* II S. 1021; *Schlüter*, *Erbrecht* § 33 V 6; *ders.*, PdW *Erbrecht* Fall 282; *Crome*, *Erbrecht* S. 288; *Fischer*, *Erbschein* S. 21; *Johannsen*, WM 1972, 1053; skeptisch *Palandt/Edenhofer*, § 2366, 2.

<sup>64</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 63.

<sup>65</sup> Mot. V 570 = Mugdan V 305; *Lindacher*, DNotZ 1970, 101; *Krafft*, SeuffBl 64, 294; *Steffen*, *Rechtsscheinträger* S. 46; *Meyer*, *Erbschein* S. 36f.

einzelnen beiden Erbscheinen die Wirkung beläßt. Von der Warte konkreten Vertrauens aus sei der Erwerber zumindest dann abgesichert, wenn ihm lediglich ein Exemplar vorgelegt wurde und damit bekannt war.<sup>66</sup> Nennenswerte Komplikationen seien bei dieser Lösung der Besonderheit des Erbscheins wegen nicht zu gewärtigen. Mit dem Übergang auf den ersten redlichen Erwerber scheide die Sache aus dem Nachlaß aus, laufe die wie auch immer zu erklärende Legitimationskraft des zweiten Erbscheins ins Leere, womit auch ein alternierender Sprungerwerb nicht für Verwirrung sorgen könne.<sup>67</sup> Damit scheint sich ganz im Gegenteil aus dem Sonderfall das generelle Argument herauszuschälen, konkretes Vertrauen sei unausweichliche, aber auch hinlängliche Voraussetzung für redlichen Erwerb.<sup>68</sup>

So verlockend die These wirken mag, sie griffe ein weiteres Mal zu kurz, was für die vermeintliche Notwendigkeit konkreten Vertrauens schon demonstriert wurde: Spätestens wenn sich der Veräußerer nicht mehr bewußt wäre, daß die Sache zur Erbschaft zählte, könnte er keinen Anlaß sehen, für das Geschäft die Verbindung mit dem angeblichen Erwerbsgrund zu knüpfen, der ihn erst zur Verfügung befähigte, oder gar den Erbschein zu präsentieren. Wegen § 935 Abs. 1 BGB wäre die Sache dem redlichen Verkehr entzogen, seine Wirkung an empfindlicher Stelle ausgehöhlt.<sup>69</sup> Die Doktrin verliert ihre auf den ersten Blick so bestechende Plausibilität. Doch auch ein weniger weit gehender Schutz, der denjenigen Empfänger privilegieren wollte, der mit der Existenz nur eines der Erbscheine vertraut war – also die Ansicht, konkretes Vertrauen sei zwar nicht unabdingbar, aber, wo vorhanden, ausreichend –, stünde auf tönernen Füßen. Entscheiden stets objektive Kriterien, läuft eine im Sonderfall an konkretes Vertrauen anschließende Lösung Gefahr, einen Systembruch zu provozieren. Dies ist der zutreffende Kern des Arguments, der Schutz des Vertrauens entbehre der inneren Rechtfertigung, wenn dieses auch an-

---

<sup>66</sup> *Parodi*, AcP 185, 372f.; *Herminghausen*, NJW 1986, 572; *Bartholomeyczik*, Erbeinsetzung S. 286; *Meyer*, Erbschein S. 36. Widersprüchlich argumentiert *Lindacher*, DNotZ 1970, 101ff., wenn er sein Ergebnis einerseits damit begründet, der in Unkenntnis des zweiten Erbscheins Handelnde müsse in seinem Vertrauen in den ihm bekannten Inhalt des Erbscheins geschützt werden (DNotZ 1970, 101), dann sich aber dazu bekennt, auch in diesem Falle könne nicht verlangt werden, daß das Geschäft auf dem Vertrauen in den Erbscheinsinhalt fuße (DNotZ 1970, 103); ähnlich aber wohl *Weiß*, Rpfl 1984, 390, 394. Ohne den Vertrauensgesichtspunkt hervorzuheben, wollen den ersten Erwerber schützen *Lange/Kuchinke*, § 41 II 5b Fn. 63; *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit § 55 I 2; *Kretzschmar*, Erbrecht S. 431; *ders.*, ZBIFG 8, 606; *Leonhard*, § 2366 IV 4; *Weißler*, Nachlaßverfahren I S. 351; *Strohal*, Erbrecht II S. 169 (solange der zweite Erbschein nicht zum Vorschein komme); *Solms-Baruth*, Erbschein S. 32f.; *Eßlinger*, Erbschein S. 101; *v. Reibnitz*, Erbschein S. 77; *Krafft*, SeuffBl 64, 293f.

<sup>67</sup> *Lindacher*, DNotZ 1970, 102f.; *Weiß*, Rpfl 1984, 390; *Bartholomeyczik*, Erbeinsetzung S. 286; *Meyer*, Erbschein S. 36; *Solms-Baruth*, Erbschein S. 32f.; *Eßlinger*, Erbschein S. 101; im Ergebnis auch *Lange/Kuchinke*, § 41 II 5b Fn. 63; *Krafft*, SeuffBl 64, 294, die jeweils den ersten Erwerber schützen.

<sup>68</sup> So insbesondere *Parodi*, AcP 185, 373; *Herminghausen*, NJW 1986, 571.

<sup>69</sup> Vgl. dazu schon oben § 11 I 1 b.

sonsten nicht gefordert werde;<sup>70</sup> gibt die Existenz des Erbscheins den Ausschlag und nicht der subjektive Bezug des Erwerbers, ist Platz nur für objektive Kriterien, die auf die Vorstellung des Partners keine Rücksicht zu nehmen brauchen.

Dem Ergebnis der h.M. ist daher beizupflichten, wenngleich die Begründung zumindest abgerundet werden muß. Für das Resultat streitet nicht nur die Parallele zur Sperrwirkung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers im Recht der beweglichen Sachen und zur Doppelbuchung im Grundstücksverkehr.<sup>71</sup> Wie dort hat auch der durch den Erbschein ausgewiesene Erbe alles getan, um seine Rechte zu wahren. Er hatte kein Motiv, zu überprüfen, ob andere seinem Zeugnis widersprechende Erbscheine angefertigt wurden oder ob dies bereits früher geschehen war – um so weniger, als die ordnungsgemäße Erteilung die Einziehung der früheren Erbscheine erfordert hätte. Konsequenterweise ist anders zu entscheiden, wenn zwei nur scheinbare Erben im Besitz eines Erbscheins sind.<sup>72</sup> Dies kommt dem wahren Erben nicht zugute. Der Fehler des Nachlaßgerichts ist für ihn zufällig; die Wahrung seiner Interessen ist durch keines der Zeugnisse garantiert. Genausowenig vermag ein Erbschein redlichen Erwerb zu sperren, der später, jedoch mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Verfügung des Nichtberechtigten aufgehoben wird.<sup>73</sup>

Konstruktiv basiert das Resultat auf Bekanntem. Im Mobiliarsachenrecht ist die Rolle des Erbscheins auf den Zurechnungszusammenhang und den Verzicht auf die Nachforschungsobliegenheit reduziert. Während im Normalfall § 935 Abs. 1 BGB überspielt wird, neutralisiert das Zeugnis zugunsten des wahren Erben dasjenige des Veräußerers. Der Grundstücksverkehr ist auf den Erbschein nur insoweit angewiesen, als dieser gemäß den §§ 35 Abs. 1 S. 1, 40 Abs. 1 GBO die Voreintragung ersetzt. In der teleologischen Restriktion des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO ist der richtige Weg gewiesen. Ein Zeugnis, dem ein anderes widerspricht, ist gleich einem nichtigen Erbschein<sup>74</sup> seiner Aufgabe nicht gewachsen. Hat freilich der Veräußerer seine Voreintragung erreicht, kann er damit, gestützt allein auf das Grundbuch, dem Erwerber die Eintragung ermöglichen, genügt diese ihrerseits ja nicht auf einem nichtigen Grundbuchstand basierende Fähigkeit, ohne daß der Erbschein das verhindern könnte,<sup>75</sup> da er das Grundbuch definitionsgemäß nicht tangiert. Der ver-

---

<sup>70</sup> BGHZ 33, 314, 317 mit zustimmender Anm. von *Piepenbrock*, LM Nr. 1 zu § 2366 BGB; *Erman/Schlüter*, § 2366, 4; MünchKomm/*Promberger*, § 2366, 10; *Staudinger/Firsching*, § 2366, 19; *Schlüter*, PdW Erbrecht Fall 282; *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 47.

<sup>71</sup> *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 48.

<sup>72</sup> *Steffen*, Rechtsscheinträger S. 49f.

<sup>73</sup> RGRK/*Kregel*, § 2366, 9; *Soergel/Damrau*, § 2366, 3; MünchKomm/*Promberger*, § 2366, 11; *Planck/Greif*, § 2366 VII; der h.M. als ihre mißliche Konsequenz vorgehalten von *Herminghausen*, NJW 1986, 572.

<sup>74</sup> Daß dem nichtigen Erbschein keine Wirkung beizumessen ist, wird zwar, soweit ersichtlich, nirgends ausdrücklich erwähnt, folgt aber aus allgemeinen Regeln, insbesondere aus der Parallele zur nichtigen Buchung im Grundbuch; vgl. die Andeutungen bei *Meyer*, Erbschein S. 15; v. *Reibnitz*, Erbschein S. 23.

<sup>75</sup> MünchKomm/*Promberger*, § 2366, 10.

meintliche Erwerbsgrund des Partners braucht angesichts der Registrierung des Verfügenden den Empfänger nicht zu kümmern.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Das ist kein Widerspruch zur Funktion des § 40 Abs. 1 GBO, der solche Umwege erübrigen will. Die Norm setzt nämlich einen wirksamen Erbschein voraus, während hier der Erbschein als solcher wegen des widersprüchlichen Exemplars wertlos bleibt. Kommt aber § 40 Abs. 1 GBO ausnahmsweise nicht zum Zuge, so kann erst das Grundbuch selbst aufgrund seines falschen Standes redlichen Erwerb vermitteln.

## 6. Kapitel Zusammenfassung

### I.

1. Als Normen des einfachen Rechts sind die §§ 892f., 932ff. BGB am Grundgesetz, vornehmlich an Art. 14 zu messen. Weder prägen die Vorschriften den verfassungsrechtlich erst geschützten Begriff des Eigentums, noch wirkt die Verfassung – soll nicht Art. 1 Abs. 3 GG überspielt werden – als Prüfungsmaßstab gegenüber bürgerlich-rechtlichen Gesetzen in lediglich mediatisierter Form. Kollisionen mit den Rechtsgütern weiterer Privatpersonen sind – wie in der Parallelproblematik im Rahmen öffentlich-rechtlicher Vorschriften – durch den Grundsatz des schonendsten Ausgleichs aufzulösen.

2. Der redliche Erwerb kann nicht als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums mit Rücksicht auf die Sozialbindung interpretiert werden, da er die grundsätzlich garantierte privatnützige Zuordnung an den früheren Rechtsinhaber durchbricht. Auch eine Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG scheidet aus; zum einen wird der Gegenstand nicht dauerhaft dem Wohl der Allgemeinheit gewidmet, zum andern fehlt es an einer Entschädigung durch den Staat. Zu rechtfertigen ist die Regelung dagegen unter dem Gesichtspunkt der Kollisionslösung. Einer der – je grundrechtlich geschützten – Belange des Eigentümers bzw. des Erwerbers hat zurückzutreten. Ist dessen Interesse freilich niedriger zu bewerten, hat es mit dem Schutz des bisher Berechtigten sein Bewenden; Paradefall ist der unentgeltliche Erwerb.

### II.

1. Das Kriterium der eigenen Leistung kehrt im BGB wieder; nur der entgeltliche Erwerb ist kondiktionsfest und gewährleistet dem Begünstigten eine unangreifbare Stellung. Dagegen sind Versuche, den redlichen Erwerb an eine rechtsgeschäftliche Verfügung zu binden und den gesetzlichen Erwerb von der Privilegierung auszunehmen, zum Scheitern verurteilt. Sie mißachten die gegenseitige, teilweise bereits im Gesetz verankerte Verschränkung beider Übergangsmodalitäten, insbesondere aber das Telos des Gesetzes, das in vielen Fällen die Stellung des Empfängers stärken und nicht schwächen will. Auch die Anforderung der h.M., es müsse zudem ein Verkehrsgeschäft vorliegen, entpuppt sich als primär ergebnisorientierter Topos, dessen tatbestandliche Präzisierung bislang nicht gelungen ist. Als durchgängige, das Rechtsgeschäft und Verkehrsgeschäft ersetzende Differenzierung fungiert das dauerhafte Opfer des Erwerbers; es fehlt, sofern er – etwa als Alleingesellschafter der

verfügenden GmbH – auf den von ihm gezahlten Erlös wiederum in vollem Umfang zugreifen kann. Die Maxime wirkt auf den relevanten Zeitpunkt zurück: Geschützt ist der Erwerber erst, sobald er die Gegenleistung zumindest zum Teil erbracht hat.

2. Die Position des früheren Eigentümers ist in den Fällen mangelnder Schutzwürdigkeit des Erwerbers zunächst weitgehend nur auf der schuldrechtlichen Ebene abgesichert. Fehlt das dauerhafte Opfer, steht ihm § 816 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) zur Seite; beim Rückerwerb des Nichtberechtigten sowie bei Haftung des Erwerbers als Rechtsnachfolger des Veräußerers bzw. des Verfügenden als Rechtsnachfolger des Empfängers kann sich der ehemals Berechtigte auf § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB stützen. In § 1007 BGB stellt das Gesetz indes ein Regelungsmuster zur Verfügung, das Ansprüche aus ehemaligem Recht – hier dem berechtigten Besitz – partiell verdinglicht. Das Modell ist auf Ansprüche aus früherem, unfreiwillig verlorenem Eigentum durch eine Analogie bzw. einen Erst-recht-Schluß auszudehnen. Die Restitutionsforderung genießt damit Vollstreckungsschutz gegenüber den Gläubigern des Schuldners und Sukzessionsschutz gegenüber seinen unredlichen Rechtsnachfolgern.

### III.

1. Legitimationsgrundlage des redlichen Erwerbs ist weder das konkrete Vertrauen des Erwerbers auf den Besitz des Verfügenden als Indiz für dessen materielle Berechtigung noch das aus der ökonomischen Analyse des Rechts gewonnene Postulat, dem Eigentümer sei das Risiko zu überbürden, da er die Kollision mit den Belangen des Erwerbers – gesamtwirtschaftlich betrachtet – mit den geringsten Kosten vermeiden könne. Der redliche Erwerb fußt vielmehr auf dem mit einer Privilegierung konkreten Vertrauens keineswegs identischen Verkehrsschutz. Dieser spiegelt zum einen das Muster synallagmatischer Abwicklung wider, das den Empfänger absichert, der auf der Erfüllung Zug und Zug beharrt, schneidet zum anderen grundsätzlich die Fehler vorangegangener Geschäfte ab.

2. Folgerichtig erweist sich nicht der Besitz des Verfügenden, sondern seine Fähigkeit, dem Empfänger den Besitz zu verschaffen, als Dreh- und Angelpunkt des redlichen Erwerbs. Ist ein Dritter unmittelbarer Besitzer, so genügt die Einräumung des schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs unabhängig vom Besitzmittlungswillen des Schuldners. Die Traditionspapiere des Handelsrechts repräsentieren keine eigenständige Übergabemodalität, sondern erweitern den Schutz nur insoweit, als sie redlichen Erwerb der Forderung zulassen; eine darüber hinaus gehende Rolle spielen sie nicht.

3. Redlicher Erwerb schlägt fehl, solange der bisherige Eigentümer die Sache selbst in seiner unmittelbaren Gewalt hält oder aber – in der Praxis bedeutsamer – mittels eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs auf sie zugreifen kann. Dieser Gedanke und nicht das Postulat vollständiger Besitzaufgabe durch den Verfügenden rechtfertigt § 933 BGB, ebenso aber auch § 934 BGB. Demgegenüber fällt der Be-



sitzmittlungswille des unmittelbaren Besitzers nicht ins Gewicht; weder befindet er durch seine Unterwerfung unter den Oberbesitz des Empfängers über den Erfolg der Verfügung, noch gewinnt sein Doppelspiel irgendwelchen Einfluß. In dieses System paßt sich nahtlos die h.M. ein, die einem verbrieften Herausgabeanspruch Sperrwirkung beimißt, dies anhand der eigenen Prämissen bisher allerdings nur schwer untermauern konnte.

4. Fehlende Zurechnung der Besitzverschaffungsmacht läßt den redlichen Erwerb ebenfalls scheitern. Sie folgt weder dem Prinzip der reinen Kausalität noch demjenigen des Verschuldens, sondern dem Grundsatz des Mißbrauchsriskos. In seinem Rahmen entscheidet nicht der natürliche Wille des Eigentümers, sondern ein nach normativen Regeln, insbesondere anhand der Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Handeln gewichteter Maßstab.

Fehlende Zurechnung dient der Schlichtung eines Dreipersonenkonflikts, da ausnahmsweise Fehler des Deckungsverhältnisses ins Valutaverhältnis ausstrahlen. Trotz der etwas mißverständlichen Formulierung hat Art. 16 Abs. 2 WG daher nur die Funktion, redlichen Erwerb über § 935 Abs. 1 BGB hinaus zu eröffnen, nicht dagegen, Fehler des letzten Begebungsvertrages zu heilen; eine Ausnahme gilt lediglich für die mangelnde Verfügungsbefugnis des Indossanten.

#### IV.

1. Auch bei Verfügungen über Liegenschaften schützt das Gesetz nicht das Vertrauen in den Grundbuchstand; privilegiert wird der Erwerber, dessen Partner ihm zur Eintragung ins Grundbuch verhelfen kann.

2. Der Erbschein fingiert weder einen Erwerb vom Berechtigten, noch fordert er einen subjektiven Bezug der Geschäftspartner auf den Nachlaß. Er überwindet vielmehr das Fehlen einer wirksamen Erbfolge, verzichtet in diesem Zusammenhang auf die Zwischeneintragung des Scheinerben und knüpft bei Verfügungen über bewegliche Sachen den durch die §§ 857, 935 Abs. 1 BGB zunächst unterbrochenen Zurechnungszusammenhang.



## Literaturverzeichnis

Es wird grundsätzlich nur der Name des Verfassers – eventuell mit einem kennzeichnenden Wort aus dem Titel – angegeben. Kommentare werden mit dem Namen des Bearbeiters zitiert, und zwar jeweils die neueste Auflage, soweit nichts Gegenteiliges vermerkt ist.

- Abraham, Hans Jürgen*, Die unterschiedliche Bedeutung der Traditionswirkung des Konnossements im französischen und deutschen Recht, ZHR 116 (1954), 1 ff.
- Achterberg, Norbert*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1986
- Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1975, 713 ff.
- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, Königstein 1980
- Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht, AcP 186 (1986), 453 ff.
- Adlerstein, Leo*, Rechtsgeschäfte des legitimierten Scheinerben an Nachlaßgrundstücken, Diss. Bonn 1930
- Aicher, Josef*, Grundfragen der Staatshaftung bei rechtmäßigen hoheitlichen Eigentumsbeeinträchtigungen, Berlin 1978
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985
- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neuwied und Darmstadt 1979 ff.
- Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied und Darmstadt 1984
- Andersen, Holger*, Probleme der Wandlung des Eigentumsbegriffs, Frankfurt 1984
- Aravantinos, P. J.*, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, JherJb 48 (1904), 101 ff.
- Arnheim, Hugo*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf JW 1930, 2456 f.
- Aust, Manfred/Jacobs, Rainer*, Die Enteignungsentschädigung, 2. Aufl., Berlin-New York 1984
- Backhaus, August Walter*, Schutz des guten Glaubens bei Vollstreckungsakten?, Diss. Freiburg 1959
- Badura, Peter*, Staatsrecht, München 1986
- Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages, Band II, München 1972, T 1 ff.
  - Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, AöR 98 (1973), 153 ff.
  - Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des „geistigen Eigentums“, in: Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag, München 1981, S. 1 ff.
  - Eigentum, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Berlin-New York 1983, S. 653 ff.
  - Verfassungsfragen des nicht koalitionsmäßigen Streiks, DB 1985, Beilage 14
  - Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, München 1988, S. 1 ff.
- Badura, Peter/Rittner, Fritz/Rüthers, Bernd*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, München 1977
- Bärmann, Johannes/Pick, Eckhart*, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl., München 1985
- Bärmann, Johannes/Pick, Eckhart/Merle, Werner*, Wohnungseigentumsgesetz, 6. Aufl., München 1987
- Bäumler, Helmut*, Anmerkung zu BVerfGE 52, 1 ff., DÖV 1980, 339 ff.

- Ballerstedt, Kurt*, Der praktische Fall, Handelsrecht: Das schadhafte Dach am Gesellschaftsbüro, JuS 1965, 272 ff.
- Bartholomeyczik, Horst*, Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein, Tübingen 1942
- Battis, Ulrich*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1985
- Eigentumsschutz und Entschädigung, NVwZ 1982, 585 ff.
- Battis, Ulrich/Felkl-Brentano, Ingelar*, Eigentum, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff – eine Zwischenbilanz, JA 1983, 494 ff.
- Bauer, Marianne*, Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei Übereignung von Fahrnis, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, Bielefeld 1976, S. 1 ff.
- Baumann, Jürgen/Brehm, Wolfgang*, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Bielefeld 1982
- Baumbach, Adolf/Duden, Konrad/Hopt, Klaus*, Handelsgesetzbuch, 28. Aufl., München 1989
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 16. Aufl., München 1988
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*, GmbH-Gesetz, 15. Aufl. 1988
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter*, Zivilprozeßordnung; 47. Aufl., München 1989
- Baur, Fritz*, Lehrbuch des Sachenrechts, 14. Aufl., München 1987
- Die „Naßauskiesung“ – oder wohin treibt der Eigentumsschutz?, NJW 1982, 1734 ff.
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 1983
- Baur, Fritz/Wolf, Manfred*, Bereicherungsansprüche bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld – Das Wegnahmerecht des Nichtbesitzers – BGHZ 40, 72, JuS 1966, 393 ff.
- Baur, Jürgen*, ESJ Sachenrecht, 3. Aufl., München 1985
- Die Durchsetzung einer gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung, JZ 1967, 437 ff.
- Baur, Jürgen/Riede, Marc*, Bürgerliches Recht. Die Auflassungsvormerkung, JuS 1987, 381 ff.
- Bauschke, Erhard/Kloepfer, Michael*, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung, NJW 1971, 1233 ff.
- Becker, Claus*, Das Problem des gutgläubigen Erwerbs im Effekten giroverkehr, München 1981
- Behrens, Peter*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986
- Aspekte einer ökonomischen Theorie des Rechts, Rechtstheorie 1981, 472 ff.
- Beitzke, Günther*, Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 306 BGB
- Bender, Bernd*, Sozialbindung des Eigentums und Enteignung, NJW 1965, 1297 ff.
- Zur gegenwärtigen Situation des Staatshaftungsrechts, BauR 1983, 1 ff.
  - Die Rechtsprechung des BGH zum Staatshaftungsrecht 1984/85, JZ 1986, 838 ff., 888 ff.
- Benöhr, Hans-Peter*, Kann ein Dritter mit Zustimmung des Eigentümers das gesetzliche Unternehmerpfandrecht begründen?, ZHR 135 (1971), 144 ff.
- Berg, Hans*, Anmerkung zu BGH NJW 1962, 101 ff., NJW 1962, 101 f.
- Bereicherungsanspruch bei Leistung an einen Dritten – BGHZ 36, 30, JuS 1964, 137 ff.
  - Anmerkung zu BGH NJW 1964, 720 ff., NJW 1964, 720 f.
  - Der Verwendungsanspruch des Werkunternehmers bei Reparatur einer bestellerfremden Sache – BGHZ 51, 250, JuS 1970, 12 ff.
  - Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 1972, 323 ff.
  - Gutgläubiger Erwerb eines Unternehmerpfandrechts bei Autoreparatur – BGHZ 68, 323, JuS 1978, 86 ff.
  - Anmerkung zu BGH JR 1978, 241 f., JR 1978, 242 f.
- Berka, Walter*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, Wien-New York 1982
- Bethge, Herbert*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977
- Benthien, Volker*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969
- Zuwendender und Leistender, JZ 1968, 323 ff.
  - Leistungen und Aufwendungen im Dreiecksverhältnis – Grenzen des Handelns im Doppelinteresse, JuS 1987, 841 ff.

- Beyerle, Franz*, Besprechung von Franz Jenny, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem schweizerischen ZGB, AcP 127 (1927), 368 ff.
- Biermann, Johannes*, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901
- Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin 1915
- Biller, Otto Michael*, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten vom gutgläubigen Erwerber, Diss. Köln 1950
- Binder, Julius*, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil, Leipzig 1903
- Binding, Karl*, Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer, Leipzig 1908
- Bing, Fritz*, Anmerkung zu KG JW 1927, 1431 f., JW 1927, 1431 f.
- Blaesing, Heiner*, Grundrechtskollisionen, Diss. Bochum 1974
- Bleckmann, Albert*, Staatsrecht II, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1985
- Blomeyer, Arwed*, Zivilprozeßrecht – Vollstreckungsverfahren, Berlin-Heidelberg-New York 1975 mit Nachtrag 1979
- Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, AcP 153 (1954), 239 ff.
- Einzelanspruch und gemeinschaftlicher Anspruch von Miterben und Miteigentümern, AcP 159 (1960/61), 385 ff.
- Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 162 (1963), 193 ff.
- Böhm, Harald*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche, Bielefeld 1971
- Boehmer, Gustav*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Zweite Abteilung, Tübingen 1952
- Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., Tübingen 1965
- Welcher Zeitpunkt ist im Grundbuchverkehr nach § 892 BGB und § 20 AufwGes. für den guten Glauben des Erwerbers maßgebend?, DJZ 1927, 1518 ff.
- Besprechung von Eichler, Hermann, Die Rechtslehre vom Vertrauen, JZ 1952, 574
- Besprechung von Horst Bartholomeyczik, Erbrecht, AcP 154 (1955), 57 ff.
- Erbrecht, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band II, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 401 ff.
- Boehmer, Paul*, Wandlung gegenüber dem verkaufenden Pfandgläubiger, JR 1930, 169 ff.
- Böhmer, Werner*, Probleme der Dogmatik und Systematik der Eigentumsbestimmungen des Grundgesetzes, AgrarR 1984, Beilage I, S. 2 ff.
- Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abgrenzungsproblematik von Sozialbindung und Enteignung, Der Staat 24 (1985), 157 ff.
- Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, 2561 ff.
- Böhringer, Walter*, Aktuelle Streitfragen des Grundbuchsrechts, BWNotZ 1985, 102 ff.
- Böttcher, Roland*, Verfügungsentziehungen, Rpfl 1983, 187 ff.
- Böttcher, Eduard*, Prozeßrecht und Materielles Recht, ZZZ 85 (1972), 1 ff.
- Bohrer, Michael*, Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ebelsbach 1980
- Bokelmann, Erika*, Grobe Fahrlässigkeit, Karlsruhe 1973
- Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff., Stand November 1988
- Boujong, Karlheinz*, Enteignungsgleicher und enteignender Eingriff, UPR 1984, 137 ff.
- Brandis*, Ein bereits bestehender unrichtiger Inhalt des Grundbuchs als Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB, JW 1929, 3275 f.
- Brandt, Hans*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940
- Brecht, Arn.*, Bedingung und Anwartschaft, JherJb 61 (1912), 263 ff.
- Bren, Ursula*, Der Nebenbesitz, Diss. Marburg 1976

- Breuer, Rüdiger*, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, München 1976
- Anmerkung zu BVerfGE 56, 249 ff., DVBl 1981, 971 ff.
- Brink, Ulrich*, Rechtsbeziehung und Rechtsübertragung im nationalen und internationalen Effektingiroverkehr, Berlin 1976
- Brox, Hans*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1988
- Besonderes Schuldrecht, 15. Aufl., München 1989
  - Erbrecht, 11. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1988
  - Handelsrecht und Wertpapierrecht, 7. Aufl., München 1988
  - Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, JuS 1984, 657 ff.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-D.*, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1988
- v. Brünneck, Alexander*, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Baden-Baden 1984
- Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Enteignung, NVwZ 1986, 425 ff.
- Brütt, Lorenz*, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, Berlin 1908
- Bruns, Rudolf/Peters, Egbert*, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., München 1987
- Bryde, Brun-Otto*, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982
- Buch*, Die Bestandsangaben des Grundbuchs, Gruchot 61 (1917), 432 ff.
- Büchner, Rudolf*, Die treuhandrechtliche Organisation des Effektingiroverkehrs, Frankfurt 1956
- Bülow, Peter*, Recht der Kreditsicherheiten, Bewegliche Sachen und Rechte, Personen, 2. Aufl., Heidelberg 1988
- Gutgläubiger Erwerb vom Scheinkaufmann, AcP 186 (1986), 576 ff.
  - Übereignung beweglicher Sachen zur Sicherheit, Jura 1987, 509 ff.
- Bürck, Harald*, § 15 III HGB und die Grundsätze der Haftung von fehlerhaften und entstehenden Personengesellschaften gegenüber Dritten, AcP 171 (1971), 328 ff.
- Bulla, Werner*, Leistungsverweigerungsrechte gegenüber Wechsel- und Scheckforderungen – BGHZ 85, 346, JuS 1983, 755 ff.
- Bullinger, Martin*, Die Enteignung zugunsten Privater, Der Staat 1 (1962), 449 ff.
- Bydliński, Franz*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Geschäfts, Wien-New York 1967
- Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien-New York 1982
  - Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht, österrZföR XII (1962/63), 423 ff.
- v. Caemmerer, Ernst*, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, RabelsZ 12 (1938/39), 675 ff.
- Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, in: Festschrift für Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor, Basel 1953, S. 443 ff.
  - Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel zum 80. Geburtstag, Band I, Tübingen 1954, S. 333 ff.
  - Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, in: Festschrift für Gustav Boehmer zum 70. Geburtstag, Bonn 1954, S. 145 ff.
  - Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 1962, 385 ff.
  - Übereignung durch Anweisung zur Übergabe, JZ 1963, 586 ff.
  - Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, in: Festschrift für Hans Dölle zum 70. Geburtstag, Tübingen 1963, S. 135 ff.
- Calabresi, Guido/Melamed, Douglas A.*, Property Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 85 (1972), 1089 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
- Bankvertragsrecht, 2. Bearbeitung, Berlin-New York 1981
  - Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983
  - Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983

- Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964, 1987 ff.
  - Der praktische Fall, Bürgerliches Recht: Das parzellierte Grundstück, JuS 1969, 80 ff.
  - Der Einwendungsausschluß im Wertpapierrecht, JuS 1971, 441 ff.
  - Einwendungsausschluß und Bereicherungsausgleich im Girovertragsrecht, BB 1972, 774 ff.
  - Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 799 ff.
  - Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band I, Köln 1978, S. 371 ff.
  - Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 143 (1979), 113 ff.
  - Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr, WM 1980, 354 ff.
  - Anmerkung zu BGH JZ 1984, 625 ff., JZ 1984, 627 ff.
  - Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 ff.
  - Erwidern, AcP 185 (1985), 9 ff.
  - Anmerkung zu BGH NJW 1986, 1487 f., NJW 1986, 1488 ff.
  - Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht, JZ 1987, 543 ff.
  - Das Verhältnis zwischen dem wechsel- und scheckrechtlichen Einwendungsausschluß und der Lehre vom Einwendungsdurchgriff kraft Rechtsmißbrauchs, ZHR 151 (1987), 517 ff.
  - Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 ff.
- Canter, Karl, Das Recht auf Übernahme des Geschäfts bei der bürgerlich-rechtlichen Zweimanngesellschaft, NJW 1965, 1553 ff.
- Capelle, Karl-Hermann/Canaris, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 20. Aufl., München 1985
- Caro, F., Vormerkung und guter Glaube, JR 1928, 117 ff.
- Clark, John Maurice, Zum Begriff eines wirksamen Wettbewerbs, in: Barnikel, Hans-Heinrich (Hg.), Wettbewerb und Monopol, Darmstadt 1968, S. 148 ff.
- Coase, Ronald, H., Das Problem der sozialen Kosten, abgedruckt bei Assmann, Heinz-Dieter/Kirchner, Christian/Schanze, Erich, Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978, S. 146 ff.
- Coing, Helmut, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973
- Zum Problem der sogenannten Durchgriffshaftung bei juristischen Personen, NJW 1977, 1793 ff.
- Cosack, Konrad, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Band II, 2. Aufl., Jena 1900, 5. Aufl., Jena 1912
- v. Crausbaar, Götz, Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969
- Crome, Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Fünfter Band Erbrecht, Tübingen 1912
- Dalhoff, Albrecht, Die Einwirkung der Geschäftsfähigkeit auf nichtrechtsgeschäftliche Willensäußerungen, Diss. Münster 1969
- Damrau, Jürgen, Aufgabe des einheitlichen Begriffs Übergabe? – BGHZ 67, 207, JuS 1978, 519 ff.
- Anmerkung zu BGH JR 1983, 288 ff., JR 1983, 290
- Dannecker, Günther, Die Durchsetzung einer gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung, MittBayNotV 1979, 144 ff.
- Degenhart, Christoph, Rentenreform, „Generationenvertrag“ und Bestandsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen, BayVBl 1984, 65 ff.
- Denck, Johannes, Die Auflassungsvormerkung für den Versprechensempfänger und der Schutz des unbekannten Dritten, NJW 1984, 1009 ff.
- Derleder, Peter, Mobiliarsachenrechtlicher Verkehrsschutz durch Privilegierung des Erwerbs vom Nichtberechtigten? – BGH, NJW 1978, 696, JuS 1979, 477 ff.

- Deutsch, Erwin*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- Gutgläubiger Erwerb durch erlaubte Ansichnahme der Sache gemäß § 933 BGB?, JZ 1978, 385 ff.
- Diederichsen, Uwe*, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Kiel 1965
- Dietz, Rolf*, Erbrecht, Bonn 1949
- Dittrich, Johannes*, Der Darlehensvertrag in seiner rechtlichen Ausgestaltung, Diss. Marburg 1978
- Doehring, Karl*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Frankfurt 1984
- Dölle, Hans*, Familienrecht, Karlsruhe 1964
- Anmerkung zu RG JW 1932, 1212 ff., JW 1932, 1212 ff.
- Anmerkung zu RG JW 1932, 3763 ff., JW 1932, 3763
- Neutrales Handeln im Privatrecht, in: Festschrift für Fritz Schulz zum 70. Geburtstag, Zweiter Band, Weimar 1951, S. 268 ff.
- Dörr, Dieter*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Eigentums-garantie des Art. 14 GG, NJW 1988, 1049 ff.
- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1986
- Dürrig, Günter*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Hans Nawiasky zum 75. Geburtstag, München 1956, S. 157 ff.
- Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in: Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag, München-Berlin 1958, S. 13 ff.
- Das Eigentum als Menschenrecht, ZStW 109 (1953), 326 ff.
- Düringer, Adelbert/Hachenburg, Max*, Das Handelsgesetzbuch, Band IV, 3. Aufl., Mann-heim-Berlin-Leipzig 1932
- Dulckeit, Gerhard*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951
- Dumke, Wolfgang*, Das Konnossement als Wertpapier, Diss. Hamburg 1970
- Ebel, Hermann*, Gutgläubiger Erwerb einer Auflassungsvormerkung vom eingetragenen Scheineigentümer und Erbfall, NJW 1982, 724 ff.
- Eccher, Bernhard*, Antizipierte Erbfolge, Berlin 1980
- Eccius*, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, Gruchot 47 (1903), 51 ff.
- Eckhardt, Karl August*, Die Traditionswirkung des Konnossements, in: Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handels-Hochschule Berlin, Berlin 1931, S. 62 ff.
- Eckholdt-Schmidt, Fridel*, Legitimation durch Begründung, Eine erkenntniskritische Analyse der Drittwirkungs-Kontroverse, Berlin 1974
- Egert, Hans*, Die Rechtsbedingung im System des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1974
- Ehmann, Horst*, Anmerkung zu BGH NJW 1971, 612 ff., NJW 1971, 612 ff.
- Eichenhofer, Eberhard*, Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen vom Vorbehaltseigentum, AcP 185 (1985), 162 ff.
- Eichler, Hermann*, Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
- Institutionen des Sachenrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, Berlin 1954; Zweiter Band, Erster Halbband, Eigentum und Besitz, Berlin 1957; Zweiter Band, Zweiter Halbband, Besonderer Teil, Berlin 1960
- Besprechung von Heinz Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, AcP 155 (1956), 255 ff.
- Eickmann, Dieter*, Grundbuchverfahrensrecht, Bielefeld 1978
- Konkurseröffnung und Grundbuch, Rpfl 1972, 77 ff.
- Emmerich*, Anmerkung zu RG JW 1930, 255 ff., JW 1930, 255 ff.
- Endemann*, Anmerkung zu RG JW 1931, 610 ff., JW 1931, 610 f.
- Endemann, F.*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Abteilung: Sachenrecht, 8./9. Aufl., Berlin 1903
- Endemann, Wilhelm*, Das Deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., Leipzig 1887



- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1983
- Enneccerus, Ludwig/Kipp, Theodor/Wolff, Martin*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Allgemeiner Teil, 15. Bearbeitung von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1959 – Schuldrecht, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958 – Sachenrecht, 10. Bearbeitung von Ludwig Raiser, Tübingen 1957, 9. Bearbeitung von Martin Wolff, Marburg 1932, 1. Bearbeitung von Martin Wolff, Marburg 1910 – Erbrecht, 13. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1978
- Epping*, Die Aufwertungsrechtsprechung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs, DRiZ 1931, 171 ff.
- Ericksen, Hans-Uwe*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl., München 1982
- Ericksen, Hans-Uwe/Reuter, Heidrun*, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, Berlin 1985
- Erman, Walter*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., Münster 1981
- Ernst, Dierk*, Der Ablader im deutschen Seerecht, Diss. Hamburg 1971
- Ertl, Rudolf*, Muß das Grundbuchamt den gutgläubigen Erwerb aus der Konkursmasse verhindern?, MittBayNotV 1975, 204 ff.
- Antrag, Bewilligung und Einigung im Grundstücks- und Grundbuchrecht, RpfL 1980, 41 ff.
- Eser, Albin*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969
- Esser, Josef*, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984
- Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984
- Eßlinger, Wilhelm*, Der Erbschein nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Diss. München 1902
- Ewald, Otto*, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, JherJb 76 (1926), 233 ff.
- Fabricius, Fritz*, Relativität der Rechtsfähigkeit, München-Berlin 1963
- Zur Theorie des stückelosen Effektingiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen, AcP 162 (1963), 456 ff.
- Faß, Fritz*, Die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch Bürgen, Ablösungsberechtigte und beliebige Dritte, Leipzig 1912
- Fehl, Norbert*, Zur Identität von Besteller und Grundstückseigentümer als Voraussetzung für die Bestellung der Bauhandwerkersicherungshypothek i. S. von § 648 BGB, BB 1977, 69 ff.
- Fenwarth, Günther*, Der mittelbar bösgläubige Eigentumserwerb, Diss. Halle – Wittenberg 1934
- Festge, Karsten-Hinrich/Seibert, Ulrich*, Das Pfandrecht nach § 24. 9 II des Arbeitsgemeinschaftsvertrages im Baugewerbe, BB 1983, 1819 ff.
- Fezer, Karl-Heinz*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, 817 ff.
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts, Band IV, Dogmatischer Teil, Tübingen 1977
- Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin-New York 1985
- Fischer, Oskar*, Die Vermutung und der öffentliche Glaube des Erbscheins, Diss. Heidelberg 1907
- Fischer, Robert*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971
- Fischer, Robert/Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz, 12. Aufl., Köln 1987
- Flachmann, Klaus/Scholtz, Rolf-Detlev/Schork, Ludwig/Steder, Karl-Heinz*, Investment, Berlin Stand Juni 1989
- Flick, Gert-Rudolf*, Der Besitz in gesellschafts- und arbeitsrechtlicher Beziehung, Diss. München 1970
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil Die Personengesellschaft, Berlin-Heidelberg-New York 1977; Erster Band, Zweiter Teil Die juristi-

- sche Person, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo 1983; Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979
- Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161 (1962), 385 ff.
  - Anmerkung zu BGH JZ 1962, 280 f., JZ 1962, 281 f.
  - Der Eigentumserwerb bei Leistungen im Dreiecksverhältnis, in: Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, Köln-Berlin-Bonn-München 1985, S. 61 ff.
- Foerste, Ulrich*, Grenzen der Durchsetzung von Verfügungsbeschränkung und Erwerbsverbot im Grundstücksrecht, Berlin 1986
- Förster, Reinhart*, Über den Tag der Eintragung in das Grundbuch, ZZP 32 (1904), 316 ff.
- Förster*, Zur Auslegung des § 892 BGB, DR 1903, 351 ff.
- Forkel, Hans*, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Berlin 1962
- Anmerkung zu BGH NJW 1980, 175, NJW 1980, 774 f.
- Forsthoff, Ernst*, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961
- Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl., München 1971
  - Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München 1973
  - Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 35 ff.
  - Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: Festgabe für Carl Schmitt zum 80. Geburtstag, Berlin 1968, S. 185 ff.
  - Einiges über Geltung und Wirkung der Verfassung, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag, Göttingen 1973, S. 3 ff.
- Franken, Eckard*, Dingliche Sicherheiten und Dokumente des kombinierten Transports, Diss. Köln 1982
- Frenzel, Michael*, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, Berlin 1978
- Frey, Klaus*, Die Verfassungsmäßigkeit der transitorischen Enteignung, Berlin 1983
- Friauf, Karl Heinrich*, Bau- und Bodenrecht, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, S. 477 ff.
- Friese*, Der Verzicht auf die Auflassungsvormerkung, DNotZ 1955, 243 ff.
- Friesenhahn, Ernst*, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Band II, München 1974, G 1 ff.
- Fritsch, Reinhard*, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei Personengleichheit des Verfügenden und des Erwerbers, JherJb 82 (1932), 253 ff.
- Frohn, Peter*, Kein gutgläubiger Erwerb eines Werkunternehmerpfandrechts?, AcP 161 (1962), 31 ff.
- Frotz, Gerhard*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb und Rechtsscheinprinzip, in: Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag, Wien 1972, S. 131 ff.
- Fuchs, Eugen*, Grundbuchrecht, Band I, Berlin 1902
- Fuld*, Zum Mobiliärerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, AcP 89 (1899), 402 ff.
- Furtner, Georg*, Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung?, NJW 1963, 1484 f.
- Gaberdiehl, Heinz*, Mängel bei der Begründung von Wohnungseigentum, NJW 1972, 847 ff.
- Gallwas, Hans-Ullrich*, Der Mißbrauch von Grundrechten, Diss. München 1961
- Grundrechte, Frankfurt 1985
- Gamillscheg, Franz*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 ff.
- Prüfe dein Wissen, Arbeitsrecht I, 7. Aufl., München 1987
- Gaul, Hans Friedhelm*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, AcP 173 (1973), 323 ff.
- Geiler*, Anmerkung zu RG JW 1919, 182 f., JW 1919, 182 f.
- Georgiades, Apostolos*, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, Tübingen 1963
- Gerhardt, Michael*, Gibt es verfassungsrechtliche Besonderheiten bei „Enteignungen zugunsten Privater“?, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin-New York 1987, S. 1663 ff.
- Gerhardt, Walter*, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., Berlin-New York 1982
- Mobiliarsachenrecht, Besitz – Eigentum – Pfandrecht, 2. Aufl., München 1986

- Besprechung von Tiedtke, Klaus, Gutgläubiger Erwerb, JZ 1986, 582f.
- Die neuere Rechtsprechung zu den Mobiliarsicherheiten – Teil 1, JZ 1986, 672ff.
- Gerlach, Johann*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung, Berlin 1986
- Gernhuber, Joachim*, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., München 1980
- Bürgerliches Recht, 2. Aufl., München 1983
- Die Erfüllung und ihre Surrogate, Tübingen 1983
- Besprechung von Heinz Hübner: Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, JZ 1956, 544
- Freiheit und Bindung des Vorbehaltskäufers nach Übertragung seines Anwartschaftsrechts, in: Festschrift für Fritz Baur zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, S. 31ff.
- Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno*, Aktiengesetz, München 1973ff.
- Giegerich, Thomas*, Geht der gutgläubige Erwerb im Dickicht der Stellvertretungslehre verloren?, NJW 1986, 1975f.
- Giehl, Friedrich*, Der gutgläubige Mobiliärerwerb – Dogmatik und Rechtswirklichkeit, AcP 161 (1962), 357ff.
- v. Gierke, Julius*, Das Recht der Wertpapiere, Köln-Berlin 1954
- Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
- Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin 1959
- v. Gierke, Julius/Sandrock, Otto*, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 1, Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Unternehmen, 9. Aufl., Berlin-New York 1975
- Gierke, Otto*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1897
- Deutsches Privatrecht, Zweiter Band, Sachenrecht, Leipzig 1905
- Glaser, H.*, Gutgläubiger Erwerb bei Übereignung mit Traditionspapieren, NJW 1958, 451f.
- Gloede, Wilhelm*, Haftet der Vollstreckungsgläubiger, der in schuldnerfremde bewegliche Sachen vollstrecken ließ, deren früherem Eigentümer aus ungerechtfertigter Bereicherung?, MDR 1972, 291ff.
- Nochmals: Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen und Bereicherungsausgleich, JR 1973, 99ff.
- Göldner, Detlef Christoph*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung: Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem, Berlin 1969
- Götz, Peter*, Der Vergütungsanspruch gemäß § 951 Abs. 1 S. 1 BGB, Berlin 1975
- Götz, Volkmar*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), 8ff.
- Der enteignungsgleiche Eingriff, AgrarR 1984, 1ff.
- Anmerkung zu BGH DVBl 1984, 391ff., DVBl 1984, 395ff.
- Goetzke, Heinrich/Habermann, Norbert*, Die Wirkung der gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung gegenüber dem wahren Berechtigten – BGHZ 57, 341, JuS 1975, 82ff.
- Anmerkung zu BGH JR 1982, 60f., JR 1982, 61f.
- Gotthold, Jürgen*, Zur ökonomischen „Theorie des Eigentums“, ZHR 144 (1980), 545ff.
- Gottwald, Peter*, Prüfe dein Wissen, Sachenrecht, 9. Aufl., München 1985
- Grabitz, Eberhard*, Freiheit und Verfassungsrecht, Tübingen 1976
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), 568ff.
- Gramlich, Ludwig*, „Privatbegünstigende“ Enteignung als Verfassungsproblem, JZ 1986, 269ff.
- Unternehmen Prüfgelände, VerwArch 77 (1986), 219ff.
- Gräßhof*, Dem Erwerber eines herrenlosen Grundstücks durch Abtretung des Aneignungsrechts des Fiskus stehen die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 20, 21 AufwGes. nicht zur Seite, DJZ 1928, 517

- Gravenhorst, Wulf, Mobiliarsicherheiten für Darlehens- und Warenkredite in den sechs Ländern der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1972
- Grooterhorst, Johannes, Die Vereinbarkeit der Ziele der Raumordnung und Landesplanung in § 34 Abs. 1 BBauG mit Art. 14 GG, DVBl 1986, 82 ff.
- Groß, Rolf, Zum Rückerwerb von Grundstücken durch Nichtberechtigte, BfGBW 1965, 113 ff.
- Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1967 ff., 4. Aufl., Berlin 1983 ff. (§§ 1–37, 84–113, 373–424); Zitate ohne Zusatz betreffen die 3. Auflage
- Grunsky, Wolfgang, Bereicherungsansprüche bei rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten, JZ 1962, 207 ff.
- Besprechung von Lent/Schwab, Sachenrecht, 12. Aufl., 1968, NJW 1969, 496 f.
- Günther, Klaus-Jürgen, Abermals: Mobiliarzwangsvollstreckung in schuldnerfremde Sachen und Bereicherungsausgleich, AcP 178 (1978), 456 ff.
- Güthe, Georg/Triebel, Franz, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, Erster Band, 5. Aufl., Berlin 1929
- Gummel, Eine rechtsschöpferische reichsgerichtliche Aufwertungsgrundbuchentscheidung, DNotZ 1929, 464 ff.
- Gursky, Karl-Heinz, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Sachenrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1986
- Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mobiliarsachenrecht, JZ 1984, 604 ff.
  - Zum maßgeblichen Zeitpunkt für den Verlust einer Grunddienbarkeit durch gutgläubigen Erwerb nach § 31 Baden-Württembergischem Ausführungsgesetz zum BGB, BWNotZ 1986, 58 ff.
- Habscheid, Walther J., Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., München 1983
- Besprechung von Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, ZZP 90 (1977), 199 ff.
- Hachenburg, Max, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 7. Aufl., Berlin-New York 1975 ff.
- Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, Mannheim 1900
- Hadding, Walther, Die Eigentumsvermutung nach § 1006 I BGB im Herausgabestreit – BGH, FamRZ 1970, 586, JuS 1972, 183 ff.
- Häberle, Peter, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1983
- Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, AöR 109 (1984), 36 ff.
- Haegeler, Karl/Schöner, Hartmut/Stöber, Kurt, Grundbuchrecht, 8. Aufl., München 1986
- Hälbig, Kurt, Der mittelbare Eigentumserwerb des Nichtberechtigten, Diss. Halle-Wittenberg 1929
- Hagelberg, Ernst, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs als aufwertungsrechtlicher Begriff, in: Festschrift für Heinitz, Berlin 1926, S. 146 ff.
- Hagen, Horst, Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 867 ff.
- Anmerkung zu BGH LM Nr. 33 zu § 816 BGB
- Hager, Günter, Entwicklungsstadien der bereicherungsrechtlichen Durchgriffshaftung, in: Symposium zum Gedenken an Detlef König, Heidelberg 1984, S. 151 ff.
- Grundfälle zur Systematik des Eigentümer-Besitzerverhältnisses und der bereicherungsrechtlichen Konditionen, JuS 1987, 877 ff.
- Hager, Johannes, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, München 1983
- Lagerschein und gutgläubiger Erwerb, WM 1980, 666 ff.
  - Bürgerliches Recht: Eine schwierige Finanzierung, JuS 1987, 555 ff.

- Hagmann-Lauterbach, Ulrike*, Der Zusammenhang zwischen dem finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren, Diss. Tübingen 1976
- Haines, Hartmut*, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, Köln-Berlin-Bonn-München 1970
- Hamann, Andreas/Lenz, Helmut*, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970
- Harder, Manfred*, Das Ende des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs, JuS 1979, 76 ff.  
– Besprechung von Gerhard Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, AcP 182 (1982), 372 ff.
- Harms, Wolfgang*, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Frankfurt 1978  
– Sachenrecht, 4. Aufl., Frankfurt 1983
- Hassold, Gerhard*, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, München 1981
- Haverkate, Görg*, Eigentumsschutz und Weiterentwicklung im Recht der sozialen Sicherheit, ZRP 1984, 217 ff.
- Haymann, Franz*, Zuwendung aus fremdem Vermögen, JherJb 77 (1927), 188 ff.
- Heck, Philipp*, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Tübingen 1937  
– Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, Neudruck Aalen 1958  
– Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930, Neudruck Aalen 1960
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, Jena 1904
- Hefermehl, Wolfgang*, Unterschriften auf der Rückseite des Wechsels außerhalb der Reihe der Indossamente – Ein Beitrag zur Legitimation, in: Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1973, S. 355 ff.
- Heinsheimer, Rudolf*, Die Anwendung des § 892 BGB auf Rechtsgeschäfte zwischen denselben natürlichen Personen und mit Verbänden, Gruchot 72 (1932), 174 ff.
- Heinsius, Theodor/Horn, Arno/Than, Jürgen*, Depotgesetz, Berlin-New York 1975
- Heinze, Meinhard*, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der Sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, Band I, München 1984, E 1 ff.
- Hellmann, Franz*, Eigentumserwerb nach § 957 BGB, DR 1901, 417 ff.
- Hellwig, Konrad*, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899  
– Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901
- Henckel, Wolfram*, Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970  
– Haftungsfragen bei der Verwaltungstreuhand, in: Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band II, München 1982, S. 137 ff.
- Henderson, James Mitchell/Quandt, Richard E.*, Mikroökonomische Theorie, 5. Aufl., München 1983
- Hendler, Reinhard*, Zur bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie, DVBl 1983, 873 ff.
- Henke, Horst-Eberhard*, Der Vorbehaltskäufer – doppelter Besitzmittler?, JZ 1959, 202 ff.  
– Gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrechte?, AcP 161 (1962), 1 ff.
- Henke, Wilhelm*, Juristische Systematik der Grundrechte, DÖV 1984, 1 ff.
- Hennecke, Bernd*, Das Sondervermögen der Gesamthand, Berlin 1976
- Henrichs, Helmut*, Der Schutz des gutgläubigen Wechselwerbers nach dem einheitlichen Wechselgesetz der Genfer Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den Vertragsstaaten, Frankfurt-Berlin 1962
- Hepting, Reinhard*, Der Gutglaubensschutz bei Vormerkungen für künftige Ansprüche, NJW 1987, 865 ff.
- Herberger, Maximilian/Simon, Dieter*, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt 1980
- Hermann, Karl-Ludwig*, Das Abladegeschäft im deutschen und französischen Recht und die Anforderungen an die Aufmachung des Konnossements, Diss. Köln 1962
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987

- Herminghausen, Paul*, Auswirkungen von einander inhaltlich widersprechenden Erbscheinen, NJW 1986, 571 ff.
- Herold*, Wie wirken im Grundbuchrechte die Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen?, SächsArch 1906, 481 ff.
- Sprechsaal, SächsArch 1908, 278 f.
- Herschel, Wilhelm*, Anmerkung zu RG JW 1933, 1997 ff., JW 1933, 1997 f.
- Hertin, Paul-Wolfgang*, Haftungsprobleme bei Nichteinlösung durchgehandelter Lieferscheine, MDR 1970, 881 ff.
- Hess, Harald/Kropshofer, Birger*, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl., Neuwied-Darmstadt 1989
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., Heidelberg 1988
- Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427 ff.
- Grundrechte, Bestand und Bedeutung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, herausgegeben von Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Berlin-New York 1983, S. 79 ff.
- Hesse, William/Saage, Erwin/Fischer, Norbert*, Grundbuchordnung, 4. Aufl., Berlin 1957
- Heymann, Ernst*, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, in: Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum, Teil III, Breslau 1905, S. 133 ff.
- Handelsgesetzbuch, Berlin-New York 1989
- Heymann, Ernst/Kötter Hans-Wilhelm*, Handelsgesetzbuch, 21. Aufl., Berlin-New York 1971
- Heynen, Peter*, Die Klausel „Kasse gegen Lieferschein“, Hamburg 1955
- Hinsberg*, Eigentumsübergang beim Versendungskauf, LZ 1917, 116 ff.
- Hirschberg, Lothar*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981
- Hoche, Ulrich*, Anmerkung zu BGH NJW 1952, 1289 f., NJW 1952, 1289 f.
- Anmerkung zu BGH NJW 1953, 1506 ff., NJW 1953, 1506
- Besitzerwerb und Besitzverlust durch Besitzdiener, JuS 1961, 73 ff.
- Hörer, Bernd*, Die Besitzrechtsklage, Berlin 1974
- Hoerner*, Besprechung von Johannes Biermann, Sachenrecht, Gruchot 58 (1914), 839 ff.
- v. Hoffmann, Bernd*, Das Recht des Grundstückskaufs, Tübingen 1982
- Hoffmann, Josef*, Kunstfreiheit und Sacheigentum, NJW 1985, 237 ff.
- Hoffmann, Rolf*, Der praktische Fall, Bürgerliches Recht: Der unrichtige Erbschein, JuS 1968, 228 f.
- Grundfälle zum Recht der Stellvertretung, JuS 1970, 179 ff.
- Hobloch, Gerhard*, Vorvertragliche Haftung nach culpa – in – contrahendo – Grundsätzen auch zugunsten Dritter? – BGHZ 66, 51, JuS 1977, 302 ff.
- Holtkamp, Gerd*, Eigentumserwerb und bereicherungsrechtliche Rückabwicklung beim Streckengeschäft, Diss. Heidelberg 1979
- Honsell, Heinrich/Wieling, Hans-Josef*, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, München 1979
- Hoppmann, Erich*, Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 1966, 97 ff.
- Horber, Ernst/Demharter, Johann*, Grundbuchordnung, 17. Aufl., München 1986
- Huber, Gerhard*, Die Versteigerung gepfändeter Sachen, Berlin 1970
- Huber, Ulrich*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970
- Gefahren des vertraglichen Abtretungsverbots für den Schuldner der abgetretenen Forderung, NJW 1968, 1905 ff.
- Bereicherungsansprüche beim Bau auf fremdem Boden, JuS 1970, 342 ff., 515 ff.
- Einwendungen des Bezogenen gegen den Wechsel, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band II, Köln 1978, S. 83 ff.
- Hubmann, Heinrich*, Besprechung von Heinz Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, ZHR 120 (1957), 56 f.

- Hübner, Heinz*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin-New York 1985
  - Eigentumsgarantie und Eigentumsbindung im Grundgesetz und der zivilrechtliche Eigentumsbegriff, *Annales Universitatis Saravensis*, 1960, S. 87ff.
- Hübner, Ulrich*, Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers, *NJW* 1980, 729ff.
- Hueck, Alfred*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin-New York 1971
- Recht der Wertpapiere, 10. Aufl., München 1967
- Hueck, Alfred/Canaris, Claus-Wilhelm*, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl., München 1986
- Hueck, Götz*, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., München 1983
- Hüffer, Uwe*, Die Eingriffskondiktion, *JuS* 1981, 263 ff.
- Hupka, Josef*, Das einheitliche Wechselrecht der Genfer Verträge, Wien 1934
- Hutter, Michael*, Über eine Alternative zur neoklassischen ökonomischen Analyse des Rechts, *ZHR* 144 (1980), 643ff.
- Iliapoulos, Ilias*, Die Grenzen der Befriedigungsverfügung im deutschen und griechischen Recht, Frankfurt – Bern – New York 1983
- Imhof*, Anmerkung zu OLG Kassel JW 1935, 1195f., *JW* 1935, 1195f.
- Ipsen, Hans Peter*, Das Bundesverfassungsgericht und das Privateigentum, *AöR* 91 (1966), 86ff.
- Rechtsfragen der Investitionshilfe, *AöR* 78 (1952/53), 284ff.
- Ipsen, Jörn*, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975
- Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, *DVB1* 1983, 1029ff.
- Isensee, Josef*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin – New York 1983
- Jacobi, Ernst*, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches, Jena 1901
- Die Wertpapiere, in: Ehrenberg, Victor (Hg.), *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, IV. Band, 1. Abteilung, Leipzig 1917, S. 125ff.
  - Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1955
- Jacubezky, Karl*, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, München 1892
- v. Jacubezky*, Zum § 957 BGB, *DR* 1902, 5ff.
- Jaeger, Ernst*, Konkursordnung, 9. Aufl., Berlin – New York 1977 (§§ 1–28), 8. Aufl., Berlin 1958ff.
- Jakobs, Horst Heinrich*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964
- Die Verlängerung des Eigentumsvorbehalts und der Ausschluß der Abtretung der Weiterveräußerungsforderung, *JuS* 1973, 152ff.
- Jarass, Hans*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 110 (1985), 363ff.
- Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, *NJW* 1989, 857ff.
- Jauernig, Othmar*, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1987; 3. Aufl., München 1984
- Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 18. Aufl., München 1987
  - Einstweilige Verfügung gegen ein Bezugsverbot?, *NJW* 1973, 1671ff.
- Jellinek, Walter*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931, Neudruck Bad Homburg – Berlin 1966
- Joerges, Christian*, Bürgerliches Recht: Fallanalyse des „Bierkutscherfalles“ – *RGZ* 98, 64, *JuS* 1975, 514ff.
- Johansen, Kurt Herbert*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, 10. Teil, *WM* 1972, 1046ff.
- Anmerkung zu BGH LM Nr. 5 zu § 2361 BGB
- Jobow, Reinhold*, Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Sachenrecht, Teil 1, herausgegeben von Werner Schubert, Berlin – New York 1982

- Joost, Detlev*, Besitzbegriff und tatsächliche Sachherrschaft, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, Köln – Berlin – Bonn – München 1987, S. 167 ff.
- Kaebler, Michael*, Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen und Bereicherungsausgleich, JR 1972, 445 ff.
- Kaser, Max*, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl., München 1971  
– Römisches Privatrecht, 13. Aufl., München 1983
- Katzenstein, Dietrich*, Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, in: Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden 1987, S. 847 ff.
- Kaufmann, Arthur*, Analogie und „Natur der Sache“, 2. Aufl., Heidelberg 1982
- Kegel, Gerhard*, Verpflichtung und Verfügung – Sollen Verpflichtungen abstrakt oder kausal sein?, in: Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag, München 1977, S. 57 ff.
- Kellmann, Christof*, Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin 1969
- Kempf, Ludwig*, Zur Rechtsnatur der Vormerkung – BGHZ 25, 16, JuS 1961, 22 ff.
- Kernet, Karl*, Anmerkung zu RG JW 1934, 353 f., JW 1934, 353
- Kiehl*, Besprechung von Georg Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, Gruchot 55 (1911), 842 ff.  
– Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbs, JW 1922, 787 ff.
- Kilger, Joachim*, Konkursordnung, 15. Aufl., München 1987
- Kimminich, Otto*, Eigentum und private Naturgüternutzung, NuR 1983, 1 ff.  
– Die „Zufallsenteignung“ im System des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, NuR 1985, 1 ff.
- Kirchhof, Paul*, Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin-New York 1987, S. 1639 ff.
- Klein, Peter-Jörg*, Wertpapierhandel, in: Bankrecht und Bankpraxis, Siebenter Teil, Köln Stand Nov. 1979
- Kleindienst, Bernhard*, Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB, Tübingen 1964
- Kleinheyer, Gerd*, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, 471 ff.
- Knauber, Raffael*, Die jüngere Entschädigungsrechtsprechung des BGH nach dem Naßauskiesbeschuß des BVerfG, NVwZ 1984, 753 ff.
- Knöpfle, Robert*, Die Vormerkung, JuS 1981, 157 ff.
- Knur, Ernst*, Ist die Anwendung der Vorschriften über gutgläubigen Erwerb ausgeschlossen, wenn eine Eigentumsübertragung unter Lebenden vorliegt, diese aber die Bedeutung einer vorweggenommenen Erbfolge hat?, Diss. Freiburg 1934
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre, München 1982
- Koch, Peter*, § 1007 BGB, Köln – Wien 1986
- Köbl, Ursula*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971
- Köhler, Helmut*, Die Leistung erfüllungshalber, WM 1977, 242 ff.  
– Vertragsrecht und „Property-Rights“ – Theoric, ZHR 144 (1980), 589 ff.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln – Berlin – Bonn – München 1970 ff.
- Kondgen, Johannes*, Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen 1981  
– Wandlungen im Bereicherungsrecht, in: Festgabe für Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg 1975, S. 55 ff.
- König, Detlef*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Heidelberg 1985
- Körner, Walter*, Die Entstückung des Effektenwesens nach dem Rechtsmodell der Sammelschuldbuchforderung, Diss. Köln 1971
- Kötteritzsch, Erhard*, Das Konnossement, Diss. Leipzig 1908
- Kötz, Hein*, Ökonomische Analyse von Rechtsproblemen, Entwurf einer Lehrveranstaltung für Juristen, in: Horn, Norbert/Tietz, Reinhard (Herausgeber), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Band I, München 1977, S. 234 ff.



## *Literaturverzeichnis*

- Kohler, Jürgen*, Das Verfügungsverbot gemäß § 938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht, Köln – Berlin – Bonn – München 1984
- Koller, Ingo*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München 1979
- Der gutgläubige Erwerb bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen, JZ 1972, 646 ff.
  - Der gutgläubige Erwerb von Sammeldepotanteilen an Wertpapieren im Effektingiroverkehr, DB 1972, 1857 ff., 1905 ff.
  - Wertpapierrecht, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Band II, Köln 1981, S. 1427 ff.
- Kollhosser, Helmut*, Der Kampf ums Zubehör, JA 1984, 196 ff.
- Auflösung des Anwartschaftsrechts trotz Zubehörhaftung?, JZ 1985, 370 ff.
- Kopp, Ferdinand*, VwGO, 8. Aufl., München 1989
- Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, in: Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975, S. 141 ff.
- Koppensteiner, Hans-Georg/Kramer, Ernst*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., Berlin – New York 1988
- Krafft*, Über den Erbschein, SeuffBl 64 (1899), 288 ff.
- Kramer, Ernst A.*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München – Salzburg 1972
- Krapp, Franzjosef*, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Diss. Mainz 1955
- Krael, Max*, Die Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Eigentumserwerb beim Miteigentum, Diss. Leipzig 1907
- Krause, Peter*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, Berlin 1982
- Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 2. 1980 betr. den Versorgungsausgleich, FamRZ 1980, 534 ff.
  - Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 1984, 656 ff., 711 ff., 828 ff.
- Krawielicki, Robert*, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, JherJb 81 (1931), 257 ff.
- Kress, Hugo*, Besitz und Recht, Nürnberg – Leipzig 1909
- Kretzschmar, Ferdinand*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Leipzig 1913
- Die unrichtige Buchung von Grundstücken, DR 1903, 327 ff.
  - Kann die sich aus den Grundakten ergebende Unrichtigkeit des Grundbuchs ein Eintragungshindernis bilden?, Gruchot 49 (1905), 1 ff.
  - Der Erbschein, ZBIFG 8 (1908), 589 ff.
- Krohn, Günter*, Entschädigung für enteignende Eingriffe in das Grundeigentum in Wasserschutzgebieten, DVBl 1986, 745 ff.
- Krohn, Günter/Löwisch, Gottfried*, Eigentumsgarantie, Enteignung, Entschädigung, 3. Aufl., Köln 1984
- Krüger-Nieland, Gerda*, Der verfassungsrechtlich verbürgte Eigentumsschutz urheberrechtlich geschützter Werke und von Leistungsschutzrechten, in: Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden 1987, S. 695 ff.
- Kuchinke, Kurt*, Die Besitzlage bei Sachgütern des Gesellschaftsvermögens, in: Festschrift für Heinz Paulick zum 65. Geburtstag, Köln – Marienburg 1973, S. 45 ff.
- Grundfragen des Erbscheinverfahrens und des Verkehrsschutzes bei Verfügungen des Scheinerben über Erbschaftsgegenstände, Jura 1981, 281 ff.
- Kübler, Friedrich*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1985
- Was leistet die Konzeption der Property Rights für aktuelle rechtspolitische Probleme?, in: Neumann, Manfred (Hg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Berlin 1984, S. 105 ff.
- Kühlberg, Dieter*, Der Verkehrsschutz bei den Traditionspapieren, Diss. Hamburg 1970
- Kühne, Eberhard*, Versprechen und Gegenstand, AcP 140 (1935), 1 ff.
- Külp, Bernhard*, Wohlfahrtsökonomik I, Tübingen 1975

- Kümpel, Siegfried*, Die Internationalisierung der deutschen Girosammelverwahrung, WM 1976, 942 ff.
- Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Verfügungen über Sammeldepotguthaben, WM 1980, 422 ff.
  - Depotgeschäft, in: Bankrecht und Bankpraxis, Achter Teil, Köln Stand Nov. 1979
- Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm*, Konkursordnung, 10. Aufl., München 1986
- Kuhn, Ottmar*, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
- Kunig, Philip*, Unternehmerpfandrecht und Willkürverbot, JR 1976, 12 ff.
- Kuntze, Joachim*, Anmerkung zu BGH JR 1972, 201, JR 1972, 201 f.
- Kuntze, Joachim/Ertl, Rudolf/Herrmann, Hans/Eickmann, Dieter*, Grundbuchrecht, 3. Aufl., Berlin – New York 1985
- Kupisch, Berthold*, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, Berlin 1978
- Durchgangserwerb oder Direkterwerb?, JZ 1976, 417 ff.
  - Auflassungsvormerkung und guter Glaube, JZ 1977, 486 ff.
  - Bankanweisung und Bereicherungsausgleich, WM 1979, Beilage 3
  - Einheitliche Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs – ein Mißgriff des Gesetzgebers?, in: Festgabe für Ulrich v. Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 501 ff.
  - Der Bereicherungsanspruch der Bank bei irrtümlicher Durchführung der widerrufenen Anweisung, ZIP 1983, 1412 ff.
- Kurz, Isolde*, Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion, Tübingen 1969
- Lange, Heinrich*, Sachenrecht des BGB, Stuttgart – Mainz 1967
- Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht, AcP 146 (1941), 28 ff.
  - Besondere Fälle des § 857 BGB, in: Festschrift für Wilhelm Felgenträger zum 70. Geburtstag, Göttingen 1969, S. 295 ff.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl., München 1989
- Lange, Hermann*, Eigentumserwerb im Falle des § 934 Halbs. 1 BGB – BGHZ 50, 45, JuS 1969, 162 ff.
- Lange, Hermann/Scheyhing, Robert*, Fälle zum Sachenrecht, 2. Aufl., München 1988
- Larenz, Karl*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989
- Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987
  - Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981
  - Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1986
  - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin – Heidelberg – New York – Tokyo 1983, 2. Aufl., Heidelberg 1969
  - Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930
  - Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, JherJb 83 (1933), 108 ff.
  - Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, in: Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, Berlin 1975, S. 397 ff.
- Leenen, Detlef*, Der „vertragsmäßige Gebrauch“ der Mietsache als Problem der Rechtsgelehrtslehre, MDR 1980, 353 ff.
- Lehmann, Heinrich*, Besprechung von Joachim Schlenzka, Die sachenrechtlichen Streitfragen des Konnossements, JW 1934, 1334 f.
- Leipold, Dieter*, Erbrecht, 7. Aufl., Tübingen 1988
- Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966
- Leisner, Walter*, Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Sozialbindung des Eigentums, Berlin 1972
  - Sozialbindung des Eigentums nach privatem und öffentlichem Recht, NJW 1975, 233 ff.
  - Eigentumswende?, DVBl 1983, 61 ff.
  - Folgerungen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Gewährleistung des Eigentums, AgrarR 1984, Beilage 1, S. 21 ff.
- Lempenau, Gerhard*, Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Bad Homburg – Berlin – Zürich 1968

- Leonhard, Franz*, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899
- Erbrecht, Berlin 1912
- Lecher, Peter*, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961
- Verfassungsrechtliche Aspekte der „inneren Pressefreiheit“, Berlin 1974
  - Schranken der Kunstfreiheit, AfP 1973, 496 ff.
  - Bankgeheimnis – verfassungsrechtliche Grundlagen, ZHR 149 (1985), 165 ff.
- Leser, Hans G.*, Die Erfüllungsverweigerung, in: Festschrift für Max Rheinstein, Band II, Tübingen 1969, S. 643 ff.
- Lieb, Manfred*, Zum Handeln unter fremdem Namen – BGHZ 45, 193, JuS 1967, 106 ff.
- Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW 1982, 2034 ff.
  - Anmerkung zu BGH JZ 1983, 958 ff., JZ 1983, 960 ff.
  - Besprechung von Dieter Reuter/Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, AcP 186 (1986), 518 ff.
- Lindacher, Walter*, Vermutungswirkung und öffentlicher Glaube bei einander widersprechenden Erbscheinen, DNotZ 1970, 93 ff.
- Die vorläufige Erbscheinseinzichung, NJW 1974, 20 ff.
- Lion-Levy*, Anmerkung zu RG JW 1928, 1555 ff., JW 1928, 1555 f.
- Lippross, Otto-Gerd*, Vollstreckungsrecht, 5. Aufl., Bielefeld 1987
- Liver, Peter*, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen in der Gesetzgebung und Lehre Frankreichs, Deutschlands, der Schweiz und Italiens, in: Festschrift für Max Gutzwiller zum 70. Geburtstag, Basel 1959, S. 749 ff.
- Locher, Eugen*, Die Neugestaltung des Liegenschaftsrechts, Berlin 1942
- Das Recht der Wertpapiere, Tübingen 1947
- Loewenheim, Ulrich*, Verfügung über das Anwartschaftsrecht nach dessen sicherungsweiser Übertragung? – BGH, NJW 1980, 175, JuS 1981, 721 ff.
- Loewenheim, Ulrich/Winkler, Annemarie*, Grundfälle zum Bereicherungsrecht, JuS 1983, 684 ff.
- Lopau, Eberhard*, Surrogationsansprüche und Bereicherungsrecht, Berlin 1971
- Noch einmal: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, JuS 1971, 233 f.
  - Gutgläubenschutz und Bereicherungsausgleich bei Zuwendungen durch einen Putativschuldner auf Veranlassung eines Dritten – BGH, NJW 1974, 1132, JuS 1975, 773 ff.
  - Die nichtvaluierte Sicherungsgrundschuld am zwangsversteigerten Grundstück, JuS 1976, 315 ff.
  - Der Rechtsschutz des Besitzes, JuS 1980, 501 ff.
- Lorenz, Egon*, Anmerkung zu OLG Bremen NJW 1970, 1277, NJW 1970, 1277 f.
- Lorenz, Werner*, Besprechung von Reuter, Dietrich und Martinek, Michael, Ungerechtfertigte Bereicherung, JZ 1984, 615 f.
- Loritz, Karl-Georg*, Das Grundgesetz und die Grenzen der Besteuerung, NJW 1986, 1 ff.
- v. Lübtow, Ulrich*, Erbrecht, Berlin 1971
- Hand wahre Hand, in: Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, Berlin und Frankfurt 1955, S. 119 ff.
  - Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Band I, Berlin – Tübingen – Frankfurt 1956, S. 328 ff.
- Lueg, Eberhard*, Sozialbindung des Eigentums und bürgerliches Sachenrecht, Diss. Münster 1975
- Lüke, Gerhard*, Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache, AcP 153 (1954), 533 ff.
- Die Verwertung der gepfändeten Sache durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher (§ 825 ZPO), NJW 1954, 254 ff.
  - Die Auswirkungen der öffentlich-rechtlichen Theorie der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek, NJW 1954, 1669 ff.
  - Der praktische Fall, Bürgerliches Recht: Die ausgeschlagene Erbschaft, JuS 1978, 254 ff.

- Luhmann, Niklas*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987
- Lutter, Marcus*, Die Grenzen des sogenannten Gutgläubensschutzes im Grundbuch, AcP 164 (1964), 122 ff.
- Maenner, Karl*, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, München 1906
- Makower, H.*, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906
- v. Mangoldt, Hermann*, Löschung von Hypotheken in der Rückwirkungszeit, Unrichtigkeit des Grundbuchs und Anwendung des § 892 BGB im Aufwertungsrecht, AcP 134 (1931), 81 ff.
- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin – Frankfurt 1957 ff.
- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl., München 1985
- Manigk, Alfred*, Anmerkung zu RG JW 1928, 398 f., JW 1928, 398 f.
- Mannschatz, Karl*, Die dingliche Wirkung des Konnossements, Diss. Leipzig 1913
- Mansfeld, Birgit/Moselle, Karl*, Noch einmal: Die ausgeschlagene Erbschaft, JuS 1979, 426 ff.
- Martinek, Michael*, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188 (1988), 573 ff.
- Marotzke, Wolfgang*, Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?, Berlin 1977
- Die Aufhebung grundpfandrechtsbelasteter Eigentumsanwartschaften, AcP 186 (1986), 490 ff.
- Marschall v. Bieberstein, Wolfgang*, Zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft im wechselrechtlichen Verkehrsschutz, JZ 1965, 403 ff.
- Maunz, Theodor*, Wandlungen des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, BayVBl 1981, 321 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman*, Grundgesetz, München Stand November 1988
- Maunz, Theodor/Zippelius, Reinhold*, Deutsches Staatsrecht, 27. Aufl., München 1988
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., München 1988
- Maurer, Heinz Theodor*, Sicherungseigentum und Konnossement, AWD 1960, 256 f.
- Mayer, Franz/Kopp, Ferdinand*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Stuttgart – München – Hannover 1985
- Mayer-Maly, Theo*, Das Eigentumsverständnis der Gegenwart und die Rechtsgeschichte, in: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, Berlin – New York 1984, S. 145 ff.
- Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl., Heidelberg 1988
- Bürgerliches Recht, 14. Aufl., Köln – Berlin – Bonn – München 1989
- Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde, AcP 163 (1964), 1 ff.
- Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965), 115 ff.
- Ist Schweigen Gold? Zur Widerlegung der Rechtsvermutung aus §§ 891, 1006 BGB, in: Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 63 ff.
- Gedanken zum Nebenbesitz, in: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, Berlin – New York 1984, S. 611 ff.
- Meikel, Georg*, Grundbuchrecht, Band 1, 7. Aufl., München 1986, Band 2, 7. Aufl., München 1988
- Meikel, Georg/Imhof, Wilhelm/Riedel, Hermann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Berlin 1965 ff.
- Menger, Anton*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl., Tübingen 1927
- Merten, Detlev*, Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantien, VerwArch 73 (1982), 103 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.
- Meyer, Heinrich*, Der öffentliche Glaube des Erbscheins nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Erlangen 1936
- Meyer, Herbert*, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, München 1909

- Das Akzept, Berlin 1918
- Meyer, Udo*, Der Bereicherungsausgleich im Dreiecksverhältnis unter besonderer Berücksichtigung der Anweisungsfälle, Berlin 1979
- Meyer-Abich, Jann*, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie, Berlin 1980
- Meyer-Cording, Ulrich*, Wertpapierrecht, Frankfurt 1980
- Meyerowitz, Martin*, Anmerkung zu BayObLG JW 1928, 522f., JW 1928, 522f.
- Michalski, Lutz*, Versuch einer Korrektur der Inkongruenz von § 933 und § 934 BGB, AcP 181 (1981), 384ff.
- Mittenzwei, Ingo*, Gutgläubiger Erwerb gebrauchter Kraftfahrzeuge bei Handeln unter fremdem Namen, NJW 1986, 2472 ff.
- Möschel, Wernhard*, Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich, JuS 1972, 297 ff.
- Mohrbutter, Jürgen*, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl., Köln – Berlin – Bonn – München 1974
- v. Moltke, Freya*, Beglaubigung und öffentlicher Glaube, AcP 142 (1936), 257ff.
- Mormann, Josef*, Der Erwerb beweglicher Sachen auf Grund guten Glaubens in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, WM 1966, 2ff.
- Praktische Probleme der Anschlußsicherungsübereignung, in: Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968, S. 185ff.
- Anmerkung zu BGH LM Nr. 27 zu § 932 BGB
- Mügel*, Die Grundzüge des künftigen Grundbuchrechts, DJZ 1898, 440 ff.
- Anmerkung zu KG JW 1927, 1000f., JW 1927, 1000f.
- Die Tragweite des § 892 Abs. 2 BGB, JR 1928, 45 ff.
- Mühl, Otto*, Besprechung von Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, AcP 160 (1961), 264 ff.
- Wandlungen im Bereicherungsrecht und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festgabe für Ulrich v. Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 547ff.
- Müller, Arthur*, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, Gruchot 54 (1910), 226ff.
- Müller, Friedrich*, Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1969
- Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976
- Müller, Gerd*, Der Schutz des Werkunternehmers bei Insolvenz des Bestellers, VersR 1981, 499 ff.
- Müller, Klaus*, Sachenrecht, Köln – Berlin – Bonn – München 1988
- Gesetzliche Vertretung ohne Vertretungsmacht, AcP 168 (1968), 113ff.
- Müller, Wulf*, Heimlicher Gutgläubensschutz?, AcP 137 (1933), 86ff.
- Müller-Erzbach, Rudolf*, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl., Tübingen 1928
- Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
- Die Rechtswissenschaft im Umbau, München 1950
- Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910), 309ff.
- Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 109 (1912), 1ff.
- Das Recht des Besitzes, AcP 142 (1936), 5ff.
- Müller-Freienfels, Wolfram*, Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957), 522ff.
- Müller-Laupe, Hans-Martin*, Anmerkung zu BGH JZ 1983, 805f., JZ 1983, 807f.
- v. Münch, Ingo*, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., München 1985
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., München 1984 ff.
- Münzberg, Wolfgang*, Die Gefährdung des Pfändungspfandrechts durch Vollstreckungsschuldner und Dritte, ZZP 78 (1965), 287ff.
- Münzel, Karl*, Die Rechte des Werkunternehmers gegen den Eigentümer aus Aufträgen von Nichteigentümern, MDR 1952, 643ff.

- Gutgläubiger Erwerb des Unternehmerpfandrechts?, NJW 1961, 1233 ff.
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Band II Recht der Schuldverhältnisse, Band III Sachenrecht, Band V Erbrecht, Berlin 1899
- Murswiek, Dieter*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985
- Besprechung von EGMR NJW 1985, 2075, JuS 1985, 905 f.
- Die Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz, WuV 1986, 179 ff.
- Muscheler, Karlheinz*, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Wechseldiskont, NJW 1981, 657 ff.
- Nathan*, Ein Beitrag zur Auslegung des § 935 BGB, WürttR 23 (1911), 121 ff.
- Nell, Ernst Ludwig*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Berlin 1983
- Neukirch, Carl*, Anmerkung zu RG JW 1930, 2397 ff., JW 1930, 2397 ff.
- Nielsen, Jens*, Dokumentäre Sicherungsübereignung bei Im- und Exportfinanzierung, WM 1986 Beilage 9
- Nipperdey, Hans Carl*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band IV, Halbband 2, 2. Aufl., Berlin 1972, S. 741 ff.
- Theodor Süss, AcP 160 (1961), 193
- Nitschke, Manfred*, Die Wirkung von Rechtsscheintatbeständen zu Lasten Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger, JuS 1968, 541 ff.
- Nörr, Knut Wolfgang/Scheyhing, Robert*, Sukzessionen, Tübingen 1983
- Nöthling, Carl*, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Diss. Göttingen 1908
- Novak, Richard*, Die Drittwirkung der Grundrechte, EuGRZ 1984, 133 ff.
- Nußgens, Karl*, Der Rückwerb des Nichtberechtigten, Bonn 1939
- Nußgens, Karl/Boujong, Karlheinz*, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, München 1987
- Oberländer, Rolf*, Der mittelbare Eigentumserwerb des Nichtberechtigten unter Berücksichtigung des § 162 BGB, Diss. Göttingen 1935
- Oberneck, Herrmann*, Das Reichsgrundbuchrecht, Band I, Berlin 1909
- Oertmann, Paul*, Entgeltliche Geschäfte, München 1912
- Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, SeuffBl 74 (1909), 573 ff.
- Anmerkung zu RG JW 1927, 1638 ff., JW 1927, 1639
- Oestreich, Gerhard*, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band I, Halbband 1, Berlin 1966, S. 1 ff.
- v. Olshausen, Eberhard*, Anmerkung zu BGH JZ 1975, 27, JZ 1975, 29 ff.
- Olzen, Dirk*, Die vorweggenommene Erbfolge, Paderborn – München – Wien – Zürich 1984
- Opitz, Georg*, Depotgesetz, 2. Aufl., Berlin 1955
- Ossenbühl, Fritz*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., München 1983
- Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, 2100 ff.
- Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983, 1 ff.
- Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin-New York 1987, S. 625 ff.
- Ostendorf, Heribert*, Der Gutgläubenserwerb des Verwaltungstreuhänders, NJW 1974, 217 ff.
- Ott, Alfred*, Grundzüge der Preistheorie, 2. Aufl., Göttingen 1970
- Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd*, Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung, ZIP 1986, 613 ff.
- Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, 213 ff.
- S. auch Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus
- Otto, Hansjörg*, Personale Freiheit und soziale Bindung, München 1978
- Padeck, Ekkehard*, Rechtsprobleme des sogenannten Streckengeschäfts, Jura 1987, 454 ff.

- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 46. Aufl., München 1987; 48. Aufl., München 1989
- Papier, Hans-Jürgen*, Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel, Karlsruhe 1984
- Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1971, 2157 ff.
  - Zur Frage der Einführung eines Prämienzuschlags für ausländische Versicherungsnehmer in der Kraftfahrzeug-Haftpflicht-Versicherung, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1982, 461 ff.
  - Enteignungsgleiche und enteignende Eingriffe nach der Naßauskiesungs-Entscheidung – BGHZ 90, 17 und BGH, NJW 1984, 1876, JuS 1985, 184 ff.
  - Anmerkung zu BVerfG JZ 1987, 614 ff., JZ 1987, 619 ff.
- Pappenheim, Max*, Handbuch des Seerechts, Schuldverhältnisse des Seerechts II (Des Handbuchs des Seerechts dritter Band), München – Leipzig 1918
- Parodi, Silvana*, Eigentumsbindung und Enteignung im Natur- und Denkmalschutz, Berlin 1984
- Die Maßgeblichkeit der Kenntnis vom Erbschein für einen gutgläubigen Erwerb einer beweglichen Sache nach § 2366 BGB, AcP 185 (1985), 362 ff.
- Paulus, Gotthard*, Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und Anwartschaften, JZ 1957, 41 ff.
- Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, München – Berlin 1965, S. 909 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht, Göttingen 1961
- Methodenlehre für Juristen, Heidelberg – Karlsruhe 1981
  - Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl., Heidelberg 1987
- Peine, Franz-Joseph*, Systemgerechtigkeit, Baden-Baden 1985
- Peters, Frank*, Die Bauhandwerkersicherungshypothek bei Mängeln der Werkleistung, NJW 1981, 2550 ff.
- Kauf und Übereignung, Jura 1986, 449 ff.
- Pflug, Hans-Joachim*, Der rücklaufende Wechsel, München 1967
- Picker, Eduard*, Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei Leistungen im Dreipersonenverhältnis, NJW 1974, 1790 ff.
- Formularmäßige Pfandrechtsbestellung – Enteignung vertragsunbeteiligter Dritter?, NJW 1978, 1417 f.
  - Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369 ff.
  - Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb, AcP 188 (1988), 511 ff.
- Piepenbrock*, Anmerkung zu BGH LM Nr. 1 zu § 2366 BGB
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte, Staatsrecht II, 4. Aufl., Heidelberg 1988
- Pikart, Heinz*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen, WM 1971, 1526 ff.
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Miteigentum, WM 1975, 402 ff.
  - Die sachenrechtliche Behandlung von Geld und Wertpapieren in der neueren Rechtsprechung, WM 1980, 510 ff.
- Pinger, Winfried*, Was leistet der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht?, AcP 179 (1979), 301 ff.
- Besprechung von Gerhard Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, NJW 1983, 157 f.
- Pitschas, Rainer*, Anmerkung zu BVerfGE 53, 257 ff., JA 1980, 535
- Planck, Gottlieb*, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III Sachenrecht, 5. Aufl., 1. Hälfte, Berlin – Leipzig 1933, 2. Hälfte, Berlin – Leipzig 1938, Band V Erbrecht, 4. Aufl., Berlin – Leipzig 1930

- Plander, Harro*, Haftung und Enthftung von Zubehör für eine Eigentümergrundschild – BGH, NJW 1979, 2514, JuS 1981, 565 ff.
- Pleyer, Klemens*, Zur Verbriefung mehrerer Rechte in einer Urkunde, in: Festschrift für Winfried Werner, Berlin-New York 1984
- Pleyer, Klemens/Schleijffer, Guido*, Neue Entwicklungen im Depotrecht, DB 1972, 77 ff.
- Pohle, Rudolf*, Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, ZZP 68 (1955), 260 ff.
- Anmerkung zu BGH MDR 1956, 730 ff., MDR 1956, 732 ff.
- Polinsky, A. Mitchell*, Ökonomische Analyse als ein potentiell mangelhaftes Produkt: Eine Verbraucherinformation zu Posners „Ökonomische Analyse des Rechts“, abgedruckt bei Assmann, Heinz-Dieter/Kirchner, Christian/Schanze, Erich, Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978, S. 113 ff.
- Posner, Richard A.*, Economic Analysis of Law, 1. Aufl., Boston – Toronto 1972, 2. Aufl., Boston – Toronto 1977
- Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, Journal of Legal Studies 8 (1979), 103 ff.
- Pottschmidt, Günter/Rohr, Ulrich*, Kreditsicherungsrecht, 3. Aufl., München 1986
- Predari, Bemerkungen zu Goldmann, Ludwig*, Die Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs, Gruchot 62 (1918), 545 ff.
- Predari, C.*, Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, 2. Aufl., Berlin 1913
- Pringsheim, Fritz*, Anmerkung zu RG JW 1932, 2409 ff., JW 1932, 3178 f.
- Pritsch, Anmerkung zu BGH LM Nr. 1 zu § 892 BGB*
- Probst, Adolf*, Mehrfacher, gleichstufiger mittelbarer Besitz und gutgläubiger Eigentumserwerb nach § 934 BGB, ZHR 101 (1935), 199 ff.
- Prüßmann, Heinz/Rabe, Dieter*, Seehandelsrecht, 2. Aufl., München 1983
- Quassowski, L./Albrecht, E.*, Wechselgesetz, Berlin 1934
- Quassowski, L./Schröder, L.*, Bankdepotgesetz, Berlin 1937
- Raape, Leo*, Gebrauchs- und Besitzüberlassung, JherJb 71 (1922), 97 ff.
- Anmerkung zu RG JW 1925, 472 f., JW 1925, 472 f.
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973
- Rahn, Hat § 892 Abs. 2 BGB Bedeutung für das Grundbuchverfahren?*, Justiz 1966, 258 f.
- Raiser, Ludwig*, Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
- Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München 1967, Band II Sitzungsberichte, B 5 ff.
- Das Rektapapier, ZHR 101 (1935), 13 ff.
- Anmerkung zu OLG Braunschweig SJZ 1948, 758 ff., OLG Frankfurt SJZ 1948, 760 f., OLG Hamm SJZ 1948, 761 f., SJZ 1948, 762 ff.
- Anmerkung zu OLG Düsseldorf JZ 1951, 269 f., JZ 1951, 270 f.
- Zum gutgläubigen Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrechte, JZ 1961, 285 ff.
- Raiser, Thomas*, Recht der Kapitalgesellschaften, München 1983
- Einführung in die Rechtssoziologie, 4. Aufl., Frankfurt 1985
- Ramdohr, Hermann*, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB, Gruchot 44 (1900), 324 ff., 658 ff.
- Ramm, Thilo*, Einführung in das Privatrecht, 2. Aufl., München 1974
- Die Freiheit der Willensbildung, Stuttgart 1960
- Ramsauer, Ulrich*, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Berlin 1980
- Über den Unterschied von Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung des Eigentums, DVBl 1980, 539 ff.
- Rauschnig, Dietrich*, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), 167 ff.
- Rebe, Bernd*, Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, AcP 173 (1973), 186 ff.
- Reeb, Hartmut*, Die Tatbestände der sogenannten Nichtverkehrsgeschäfte, Diss. Mainz 1967
- Grundprobleme des Bereicherungsrechts, München 1975



- Regelsberger, Ferdinand*, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, JherJb 47 (1904), 339 ff.
- Rehbinder, Eckard*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v. d. H. – Berlin – Zürich 1969
- Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin – New York 1979, S. 579 ff.
- Rehbinder, Manfred*, Einführung in die Rechtssoziologie, Frankfurt 1971
- v. Reibnitz, Kurt*, Der öffentliche Glaube des Erbscheins im Vergleich mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, Diss. Rostock 1902
- Reich, Norbert*, Die Sicherungsübereignung, Bad Homburg v. d. H. 1970
- Reichel, Hans*, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Grünhut 42 (1916), 173 ff.
- Reinhard, Anmerkung* zu RG JW 1929, 734, JW 1929, 734 f.
- Reinhardt, Rudolf*, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmangesellschaft, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, I. Band, Berlin – Tübingen – Frankfurt 1956, S. 576 ff.
- Reinhardt, Rudolf/Erlinghausen, P.*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand – ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 1962, 41 ff.
- Reinhardt, Rudolf/Schultz, Dietrich*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1981
- Reinicke, Dietrich*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wechsel- und Scheckrecht, DB 1958, 390 ff.
- Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wechsel- und Scheckrecht, WM 1959, 1354 ff.
- Guter Glaube und Orderlagerschein, BB 1960, 1368 ff.
- Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, NJW 1964, 2373 ff.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*, Kaufrecht, 3. Aufl., Neuwied – Darmstadt 1987
- Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers und die Formbedürftigkeit der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages, NJW 1982, 2281 ff.
- Anmerkung zu BGH JZ 1984, 230 ff., JZ 1984, 232 ff.
- Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Grundschuld kraft Gesetzes, WM 1986, 813 ff.
- Reinicke, Gerhard*, Gesetzliche Pfandrechte und Hypotheken am Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung, Stuttgart 1941
- Zur Lehre vom Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung, MDR 1959, 613 ff.
- Zur Dogmatik des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung, NJW 1964, 20 f.
- Reinicke, Michael*, Der Kampf um das Zubehör zwischen Sicherungseigentümer und Grundpfandgläubiger – BGHZ 92, 280, JuS 1986, 957 ff.
- Schützt § 366 Abs. 1 HGB den guten Glauben an die Vertretungsmacht?, AcP 189 (1989), 79 ff.
- Reinking, Kurt/Eggert, Christoph*, Der Autokauf, 3. Aufl., Düsseldorf 1987
- Rengeling, Hans-Werner*, Das Grundeigentum als Schutzobjekt der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und als Gegenstand verwaltungsrechtlicher Planung, Gestaltung und Schrankensetzung, AöR 105 (1980), 423 ff.
- Rengier, Bernhard*, Wegfall der Bereicherung, AcP 177 (1977), 418 ff.
- Reuter, Dieter*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, Berlin 1968
- Reuter, Dieter/Martinek, Michael*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983
- Reuter, Dieter/Säcker, Jürgen*, Herausgabe von Kindern in die Sowjetzone, NJW 1965, 2037 ff.
- RGRK BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin – New York 1974 ff.
- Richardi, Reinhard*, Wertpapierrecht, Heidelberg 1987
- Riedel, Fritz*, Anmerkung zu BGH DNotZ 1954, 601 f., DNotZ 1954, 602 ff.
- Riezler, Erwin*, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, AcP 98 (1906), 372 ff.
- Rimmelspacher, Bruno*, Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., München 1987

- Das Recht auf Übernahme des Gesellschaftsvermögens in der Zweimann-Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, AcP 173 (1973), 1 ff.
- Gutgläubensschutz bei der Ablösung von Grundpfandrechten, WM 1986, 809 ff.
- Ripfel, Franz*, Die Bedeutung der Güterstände im Beurkundungs- und im Grundbuchverfahren, Justiz 1966, 49 ff.
- Ritter, Carl*, Kommentar zum HGB, 2. Aufl., München – Berlin 1932
- Rittner, Fritz*, Die werdende juristische Person, Tübingen 1973
- Rittstieg, Helmut*, Grundgesetz und Eigentum, NJW 1982, 721 ff.
- Zur Entwicklung des Grundeigentums, JZ 1983, 161 ff.
- Rödig, Jürgen*, Das Recht aus dem Papier, Bielefeld 1973
- Römer, Hermann*, Der gutgläubige Mobilärerwerb im französischen Recht, Diss. Münster 1984
- Rohde*, Studien zum Besitzrecht, Abschnitt XXI, Der mittelbare Besitz, Düsseldorf 1907
- Rosenberg, Leo*, Sachenrecht, Erster Halbband, München 1919
- Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München – Berlin 1961
- Rosenberg, Leo/Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., München 1987
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz*, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., München 1986
- Roth, Günter*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2. Aufl., München 1987
- Zur „economic analysis“ der beschränkten Haftung, ZGR 1986, 371 ff.
- Rother, Werner*, Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169 (1969), 1 ff.
- Rothoef, Dietrich*, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163 (1964), 215 ff.
- Roussos, Kleantis*, Die Übertragung mittelbaren Besitzes beim gutgläubigen Fahrnisserwerb, Jura 1987, 403 ff.
- Rüfner, Wolfgang*, Die Differenziertheit sozialrechtlicher Positionen und der Anspruch der Eigentumsgarantie, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 2. Sozialrechtslehrertagung, Wiesbaden 1982, S. 169 ff.
- Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Berlin – New York 1988, S. 521 ff.
- Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Zweiter Band, Tübingen 1976, S. 453 ff.
- Drittwirkung der Grundrechte – Versuch einer Bilanz, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin-New York 1987, S. 215 ff.
- Rümker, Dietrich*, Das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund“ im Bereich der Eingriffskondiktion, Hamburg 1972
- Ruhwedel, Edgar*, Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote, JuS 1980, 161 ff.
- Rupp, Hans Heinrich*, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, Tübingen 1965
- Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1974
- Verfassungsrecht und Kartelle, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg v.d.H. – Berlin – Zürich 1968, S. 187 ff.
- Demokratie und Wirtschaftsverwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972, S. 611 ff.
- Die „öffentlichen“ Funktionen der Verbände und die demokratisch-repräsentative Verfassungsordnung, in: Hans Schneider/Christian Watrin, Macht und ökonomisches Gesetz, Berlin 1973, S. 1251 ff.
- Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976) 161 ff.
- Säcker, Franz Jürgen*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969
- Säcker, Franz Jürgen/Paschke, Marian*, Der Notweg im System des nachbarrechtlichen Zivilrechts, NJW 1981, 1009 ff.

- Salzwedel, Jürgen, Die Entschädigungspflicht bei der Festsetzung von Wasserschutzgebieten, Berlin 1970
- Sandtner, Walter, Kritik der Besitzlehre, Diss. München 1968
- Sawitz, Hugo, Der Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB, Berlin 1908
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin – Heidelberg – New York – London – Paris – Tokyo 1986
- Schanze, Erich, Einmangengesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsproblem gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, Frankfurt 1975
- Schaps, Georg/Abraham, Hans Jürgen, Das deutsche Seerecht, Band 1, 3. Aufl., Berlin 1959
- Das Seerecht der Bundesrepublik Deutschland, Seehandelsrecht, Erster Teil, 4. Aufl., Berlin – New York 1978
- Schellen, Norbert, Konfusion, Diss. Köln 1985
- Schick, Walter, Drittwirkungsprobleme im Bereich des Art. 14 GG, BayVBl 1962, 348f.
- Schilken, Eberhard, Die Befriedigungsverfügung, Berlin 1976
- Wissenszurechnung im Zivilrecht, Bielefeld 1983
- Abstrakter und konkreter Vertrauensschutz im Rahmen des § 15 HGB, AcP 187 (1987), 1ff.
- Schlechtriem, Peter, Güterschutz durch Eingriffskondition, in: Symposium zum Gedenken an Detlef König, Heidelberg 1984, S. 57ff.
- Prinzipien und Vielfalt: Zum gegenwärtigen Stand des deutschen Bereicherungsrechts, ZHR 149 (1985), 327ff.
- Rechtsprechungsbericht Bereicherungsrecht, JZ 1988, 854ff.
- Schlegelberger, Franz, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., München 1973ff.; 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960ff.
- Schlegelberger, Franz/Liesecke, Rudolf, Seehandelsrecht, 2. Aufl., Berlin – Frankfurt 1964
- Schlegelberger, Franz/Vogels, Werner, Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, München 1939
- Schlenzka, Joachim, Die sachenrechtlichen Streitfragen des Konnossements, Berlin 1934
- Schlink, Bernhard, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976
- Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457ff.
- Schlosser, Peter, Zivilprozeßrecht II, München 1984
- Bereicherungsansprüche bei unentgeltlichen sowie rechtsgrundlosen Verfügungen eines Nichtberechtigten – BGHZ 37, 363, JuS 1963, 141ff.
- Der Eigentumsvorbehalt, Jura 1986, 85ff.
- Schlüter, Wilfried, Erbrecht, 12. Aufl., München 1986
- Prüfe dein Wissen, Erbrecht, 7. Aufl., München 1983
- Schmelzeisen, Gustaf, Besprechung von Hermann Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, AcP 151 (1950/51), 461f.
- Schmidt, Ingo, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
- Schmidt, Jürgen, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Köln – München 1969
- Verursacherprinzip und Sozialkosten, AcP 175 (1975), 222ff.
- Schmidt, Karsten, Handelsrecht, 3. Aufl., Köln – Berlin – Bonn – München 1987
- Gesellschaftsrecht, Köln – Berlin – Bonn – München 1986
- Schmidt, Reimer, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Die eigentumsrechtlichen Grundlagen der Umlegung, DVBl 1982, 152ff.
- Öffentlich-rechtlicher Grundeigentumsschutz und Richterrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 107ff.
- Formen der Enteignung (Art. 14 III GG), JuS 1986, 833ff.

- Der öffentlich-rechtliche Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung, DVBl 1987, 216ff.
- Bemerkungen zum Boxbergurteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1987, 1587ff.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Neuwied 1983
- Schmitt, Carl*, Die Auflösung des Enteignungsbegriffs, in: Schmitt, Carl, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 110ff.
- Schmitz, Günther*, Grundfälle zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, JuS 1975, 717ff.
- Schnapp, Friedrich*, Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, JuS 1989, 1ff.
- Schneider, Harald*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Baden-Baden 1979
- Schneider, Ludwig*, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1983
- Schneider, R.*, Rechtsnorm und Individualakt im Bereich des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, VerwArch 58 (1967), 197ff., 301ff.
- Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig*, Besprechung von Ernst Letzgus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, KritVJSchr 66 (1938), 174ff.
- Zur objektiven und zur subjektiven Unmöglichkeit, in: Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag, Köln – Marienburg 1972, S. 151ff.
- Schöldgen*, Der öffentliche Glaube des Erbscheins, Diss. Greifswald 1908
- Schönewerk, Rolf Ignaz*, Die gutgläubig erworbene Vormerkung und ihre Wirkung, Diss. Marburg 1985
- Schönfeld, Friedrich*, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkvertrages, JZ 1959, 301ff.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, 23. Aufl., München 1988
- Schönle, Herbert*, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., München 1976
- Scholz, Franz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl., Köln 1978/83; 7. Aufl., Köln 1986
- Scholz, Rupert*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1971
- Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975), 80ff.
- Schreiber, Otto*, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, JherJb 60 (1912), 106ff.
- Schreiner, Helmut*, Die Mitwirkung erbscheinberechtigter Scheinerben bei Gesellschafterbeschlüssen und Anteilsübertragungen, NJW 1978, 921ff.
- Schroeder, J. U.*, Über Wechselwirkungen des Bürgerlichen Rechts und des Strafrechts, AcP 97 (1905), 361ff.
- Schubert, Werner*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin 1966
- Besprechung von Klaus Tiedtke: Gutgläubiger Erwerb im bürgerlichen Recht, im Handels- und Wertpapierrecht sowie in der Zwangsvollstreckung, JR 1986, 438
- Schünemann, Wolfgang*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, Bielefeld 1975
- Befriedigung durch Zwangsvollstreckung, JZ 1985, 49ff.
- Schuler, Hans*, Bereicherungsausgleich nach wirksamer Belastung fremder Sachen durch einen Nichtberechtigten, NJW 1962, 2332f.
- Schulte, Hans*, Eigentum und öffentliches Interesse, Berlin 1970
- Zur Dogmatik des Art. 14 GG, Karlsruhe 1979
- Enteignung und privatrechtliche Aufopferung, DVBl 1965, 386ff.
- Schulz, Fritz*, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), 1ff.
- Schulze, Joachim*, Liegenschaftserwerb vom Nichtberechtigten und Genehmigung, Diss. Berlin 1962
- Schulze-Osterloh, Joachim*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München 1972
- Schulze-Osterloh, Lerke*, Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht, Berlin 1980

- Entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums und Enteignung, NJW 1981, 2537 ff.
- Schumann, Ekkehard*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963
- Schwab, Karl Heinz*, Sachenrecht, 22. Aufl., München 1989
- Schwabe, Jürgen*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971
- Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977
- Besprechung von Hans Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, AöR 98 (1973), 143 f.
- Über den Wert von Gemeinplätzen für das Drittwirkungsproblem, JR 1975, 13 ff.
- Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, AöR 100 (1975), 442 ff.
- Die Enteignung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1983, 273 ff.
- Grundrechtlich begründete Pflichten des Staates zum Schutz gegen staatliche Bau- und Anlagenehmigungen?, NVwZ 1983, 523 ff.
- Grundrechte und Privatrecht, AcP 185 (1985), 1 ff.
- Schwerdtfeger, Gunther*, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, Frankfurt/M. 1972
- Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, Berlin – New York 1983
- Das System staatlicher Ersatzleistungen nach Inkrafttreten des Staatshaftungsgesetzes, JuS 1982, 1 ff.
- Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht, NVwZ 1982, 5 ff.
- Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung – BVerfGE 58, 300 („Naßauskiesung“), JuS 1983, 104 ff.
- Schwerdtner, Peter*, Anmerkung zu BGH JR 1972, 115 f., JR 1972, 116 f.
- Die Auflassungsvormerkung, Jura 1985, 316 ff.
- Die gesetzlichen Pfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Jura 1988, 251 ff.
- v. Schwerin, Claudius*, Über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht, München 1905
- v. Seeler, Wilhelm*, Das Miteigentum, Halle 1899
- Sekler, G.*, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, München 1904
- Sellmann, Klaus-Albrecht*, Die gemeinnützige Planfeststellung zugunsten Privater, DVBl 1987, 223 ff.
- Serick, Rolf*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen 1955
- Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I, Heidelberg 1963, Band II, Heidelberg 1965, Band IV, Heidelberg 1976
- Zur Rechtsnatur des Orderlagerscheins, in: Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 315 ff.
- Siebert, Wolfgang*, Die besitzrechtliche Grundlage der dinglichen Wirkung der Traditionsapapire, ZHR 93 (1929), 1 ff.
- Siehr, Kurt*, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen, ZVerglRWiss 80 (1981), 273 ff.
- Simon, Alfons*, Bayerische Bauordnung, München Stand Juni 1988
- Soell, Hermann*, Die Bedeutung der Sozialpflichtigkeit des Grundeigentums bei der Landschaftspflege und dem Naturschutz, DVBl 1983, 241 ff.
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1978 ff.; 12. Aufl., 1987 ff. (§§ 1 – 240, 1297 – 1921)
- Soergel, Hans Theodor/Siebert, Wolfgang*, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1967 ff.
- Solms-Baruth, Herrmann Graf zu*, Der öffentliche Glaube des Erbscheins nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Leipzig 1916
- Sponer, Wolfdieter*, Das Anwartschaftsrecht und seine Pfändung, Bielefeld 1965
- Starck, Christian*, Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981, 237 ff.

- Staub, Hermann/Stranz, Moritz*, Staub's Kommentar zur Wechselordnung, 9. Aufl., Berlin – Leipzig 1921
- v. Staudinger, Julius*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1978 ff., 11. Aufl., Berlin 1957 ff. (Zitate ohne Zusatz beziehen sich auf die 12. Aufl.)
- Steffen, Egbert*, Die Verdoppelung von Rechtsscheinträgern, Diss. Tübingen 1967
- Stein, Ekkehart*, Staatsrecht, 11. Aufl., Tübingen 1988
- Stein, Friedrich*, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913
- Stein Friedrich/Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., Tübingen 1977 ff.
- Stein, Ludwig*, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Diss. Greifswald 1920
- Steinberg, Rudolf*, Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts, NJW 1984, 457 ff.
- Steinbeiß-Winkelmann, Christine*, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, Frankfurt – Bern – New York 1986
- Stendorff, Ernst*, Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht, Heidelberg 1983
- Besitzverhältnisse beim Gesamthandsvermögen in OHG und KG, in: Festgabe für Heinrich Kronstein zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1971, S. 151 ff.
- Stengel, Eberhard*, Die Traditionsfunktion des Orderkonnossements, Köln – Berlin – Bonn – München 1975
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988
- Sternberg, Leo*, Anmerkung zu BayObLG JW 1930, 836 f., JW 1930, 836 f.
- Stierle, Georg*, Der Bereicherungsausgleich bei fehlerhaften Banküberweisungen, Frankfurt – Bern – Cirencester 1980
- Stillschweig, Kurt*, Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht, Berlin 1929
- Stoevesandt, Heinrich*, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Stuttgart 1936
- Stoll, Hans*, Das Anwartschaftsrecht des gutgläubigen Vorbehaltskäufers – OLG Karlsruhe, NJW 1966, 885, JuS 1967, 12 ff.
- Stranz, Martin*, Wechselgesetz, 14. Aufl., Berlin 1952
- Strauch, Dieter*, Mehrheitlicher Rechtsersatz, Bielefeld 1972
- Strecker*, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei Verfügungen über noch nicht eingetragene Rechte, DR 1903, 180 ff.
- Stricker, Albert*, Die abhanden gekommene Sache, Diss. Hamburg 1934
- Strohal, Emil*, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1903/4
- Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten?, Leipzig 1904
- Studienkommentar zum BGB, 2. Aufl., Frankfurt 1979
- Stummer, Helmut*, Die öffentliche Zweckbindung der enteigneten Sache, Diss. München 1967
- Süß, Theodor*, Durchgangs-Herrenlosigkeit, AcP 151 (1950/51), 1 ff.
- Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Festschrift für Martin Wolff zum 80. Geburtstag, Tübingen 1952, S. 141 ff.
- Tank, Gerhard*, Die Abtretung von Wechselforderungen ohne Indossament, NJW 1958, 658 f.
- Teichmann, Arnd*, Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962
- Tempel, Otto*, Der praktische Fall, Grundbuchrechtsklausur: Die umstrittene Vormerkung, JuS 1965, 26 ff.
- Thiele, Wolfgang*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Hamburg 1966
- Thielmann, Georg*, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin 1973
- Gegen das Subsidiaritätsdogma im Bereicherungsrecht, AcP 187 (1987), 23 ff.
- Thieme, Paul*, Grundbuchordnung, 3. Aufl., Berlin 1949
- Thomä, Volker*, Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigenleistung?, JZ 1962, 623 ff.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans*, Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., München 1987

- Tiedtke, Klaus*, Gutgläubiger Erwerb im bürgerlichen Recht, im Handels- und Wertpapierrecht sowie in der Zwangsvollstreckung, Berlin – New York 1985
- Erwerb und Verlust des Sicherungseigentums an eingelagerter Ware, WM 1978, 446 ff.
  - Die Übereignung eingelagerter Ware bei Ausstellung eines Lagerscheins, WM 1979, 1142 ff.
  - Die Auflassungsvormerkung, Jura 1981, 354 ff.
  - Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen kraft guten Glaubens, Jura 1983, 460 ff., 518 ff.
  - Die Aufhebung des belasteten Anwartschaftsrechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers, NJW 1985, 1305 ff.
  - Die Aufhebung des belasteten Anwartschaftsrechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers, NJW 1988, 28 f.
- Tröster, Heinz*, Die Einmann-GmbH, Diss. Erlangen 1971
- v. Tuhr, Andreas*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, Berlin 1910, Band II 1. Hälfte, Berlin 1914, Band II 2. Hälfte, Berlin 1918, Nachdruck Berlin 1957
- Zur Lehre von der Anweisung, JherJb 48 (1904), 1 ff.
- Turnau, W./Förster, K.*, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, Erster Band, Paderborn 1906
- Ulmer, Eugen*, Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart – Berlin 1938
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether*, AGB-Gesetz, 5. Aufl., Köln 1987
- Valentin, Richard*, Das Prinzip des Gutglaubensschutzes und seine Abwandlungen, Diss. München 1968
- Veljanovski, Cento G.*, The Coase Theorems, and the economic theory of markets and law, Kyklos 35 (1982), 53 ff.
- Vennemann, Ulrich*, Noch einmal: Alois Wammerls Erben, JuS 1972, 335 f.
- Vogt, Dieter*, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, Diss. Münster 1960
- Wacke, Andreas*, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Köln 1974
- Gutgläubiger Vormerkungserwerb und Konfusion, NJW 1981, 1577 ff.
  - Jura Methodik, Eine Erbteilung mit Enttäuschungen, Jura 1986, 435 ff.
- Wacker, Roland*, Zur Dogmatik von § 816 Abs. 1 BGB, Diss. Tübingen 1981
- Wadle, Elmar*, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, 689 ff.
- Waldner, Wolfram*, Zur Rechtsstellung des Anwartschaftszweiterwerbers, MDR 1980, 459 ff.
- Walsmann, H.*, Anmerkung zu RG JW 1926, 800 f., JW 1926, 800 f.
- Walz, W. Rainer*, Sozialwissenschaften im Zivilrecht, Neuwied – Darmstadt 1983
- Sachenrecht für Nicht-Sachen, KritV 1986, 131 ff.
- Weber, Hansjörg*, Der Rückübertragungsanspruch bei der nichtvalutierten Grundschild, AcP 169 (1969), 237 ff.
- Weber, Johann-Ahrend*, Warenpapiere ohne Traditionsfunktion, Diss. Bonn 1978
- Weber, Oskar*, Währungsumstellung und Grundbuchbereinigung, DNotZ 1955, 453 ff.
- Weber, Stefan*, § 1007 BGB – Prozessuale Regelung im materiell-rechtlichen Gewand, Berlin 1988
- Weber, Werner*, Eigentum und Enteignung, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band II, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 331 ff.
- Das Eigentum und seine Garantie in der Krise, in: Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag, Göttingen 1972, S. 316 ff.
- Weber, Wolfgang*, Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten, Breslau 1914
- Weber-Grellert, Heinrich*, Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182 (1982), 316 ff.
- Wedesweiler*, Rechtsfragen aus dem Gebiet der RLG-Beschlagnahmen, NJW 1949, 414 ff.
- Wegehenkel, Lothar*, Coase-Theorem und Marktsystem, Tübingen 1980

- Weimar, Wilhelm, Gutgläubiger Eigentumserwerb an den vom Besitzdiener veruntreuten Sachen?, MDR 1962, 21 f.
- Weinberg, Harold R., Sales law, economics, and the negotiability of goods, Journal of Legal Studies 9 (1980), 569 ff.
- Weirich, Hans-Armin, Grundstücksrecht, München 1985
- Weise, Christian Ludwig, Zur Dogmatik des Nebenbesitzes, Diss. München 1966
- Weiß, Frank, Zur Einziehung inkorrekt erteilter Erbscheine, RpfL 1984, 389 ff.
- Weißler, Adolf, Das Nachlaßverfahren, Berlin 1920
- Weitnauer, Hermann, Wohnungseigentumsgesetz, 7. Aufl., München 1988
- Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, NJW 1974, 1729 ff.
  - Zum Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Leistungskondiktion, NJW 1979, 2008 ff.
  - Die Leistung, in: Festschrift für Ernst v. Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 255 ff.
  - Verdinglichte Schuldverhältnisse, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 705 ff.
  - Zwischenbilanz im Bereicherungsrecht, DB 1984, 2496 ff.
  - Besprechung von Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 13. Aufl., DNotZ 1986, 313 ff.
- v. Weizsäcker, Carl Christian, Was leistet die Property Rights Theorie für aktuelle wirtschaftspolitische Fragen?, in: Neumann, Manfred (Hg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Berlin 1984, S. 123 ff.
- Wellspacher, Moritz, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien 1906
- Wendt, Rudolf, Eigentum und Gesetzgebung, Hamburg 1985
- Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), 414 ff.
- Werner, Olaf, Fälle zum Erbrecht, München 1976
- Westermann, Harm Peter, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Berlin 1967
- Doppelmangel bei Bereicherungskette und Dreiecksverhältnis – BGHZ 48, 70, JuS 1968, 17 ff.
  - Bereicherungshaftung des Erwerbers gestohlener Sachen: Zur „Subsidiarität“ der Eingriffskondiktion – BGHZ 55, 176, JuS 1972, 18 ff.
- Westermann, Harry, Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1966
- Sachenrecht, Band II, 6. Aufl., Karlsruhe 1988
  - Gesellschaftsrecht, in: Handbuch der Personengesellschaften, Band I, 3. Aufl., Köln Stand Mai 1989
  - Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern, NJW 1956, 1297 f.
  - Besitzerwerb und Besitzverlust durch Besitzdiener, JuS 1961, 79 ff.
  - Die Grundlagen des Gutgläubesschutzes, JuS 1963, 1 ff.
- Wetzel, Rita, Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen, Tübingen 1971
- Weyer, Theodor, Schutz des Eigentumsvorbehalts und gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen, NJW 1966, 959 ff.
- Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., Berlin – New York 1976 ff.
- Wiedemann, Herbert, Prüfe Dein Wissen, Handelsrecht einschließlich Wertpapierrecht, 5. Aufl., München 1979
- Gesellschaftsrecht, Band I, München 1980
  - Der Lagerschein als Inhaber- und Legitimationspapier, DB 1960, 943 f.
- Wiegand, Wolfgang, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, JuS 1971, 62 ff.
- Der praktische Fall, Bürgerliches Recht: Alois Wammerls Erben, JuS 1972, 87 ff. mit Ergänzung JuS 1972, 336 f.
  - Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach §§ 932 ff. BGB, JuS 1974, 201 ff.
  - Fälle des gutgläubigen Erwerbs außerhalb der §§ 932 ff. BGB, JuS 1974, 545 ff.
  - Der öffentliche Glaube des Grundbuchs, JuS 1975, 205 ff.



- Der öffentliche Glaube des Erbscheins, JuS 1975, 283 ff.
- Rechtsableitung vom Nichtberechtigten, JuS 1978, 145 ff.
- Wieling, Hans*, Empfängerhorizont: Auslegung der Zweckbestimmung und Eigentumserwerb, JZ 1977, 291 ff.
- Drittzahlung, Leistungsbegriff und fehlende Anweisung, JuS 1978, 801 ff.
- Grund und Umfang des Besitzschutzes, in: Festgabe für Ulrich v. Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 565 ff.
- Übungsklausur Zivilrecht, Jura 1980, 322 ff.
- Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes, AcP 184 (1984), 439 ff.
- Wieser, Eberhard*, Zum gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen – BGHZ 56, 123, JuS 1972, 567 ff.
- Zurechenbarkeit des Erklärungsinhalts, AcP 184 (1984), 40 ff.
- Wilburg, Walter*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Graz 1934
- Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964) 346 ff.
- Wilhelm, Jan*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973
- Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln – Berlin – Bonn – München 1981
- Das Merkmal „auf Kosten“ als notwendiges Kriterium der Leistungskondition, JuS 1973, 1 ff.
- Die Zurechnung der Leistung bei Widerruf einer Anweisung, insbesondere eines Schecks, AcP 175 (1975), 304 ff.
- Sicherungsgrundschuld und Einreden gegen Dritterwerber, JZ 1980, 625 ff.
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor*, Pandektenrecht, Band 1, 9. Aufl., Frankfurt 1906
- Winkler, Robert*, Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, Diss. Zürich 1969
- Wolf, Ernst*, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., Köln – Berlin – Bonn – München 1979
- Wolf, Manfred*, Sachenrecht, 8. Aufl., München 1989
- Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, JuS 1975, 643 ff., 710 ff.
- Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht, NJW 1987, 2647 ff.
- Wolf, Manfred/Horn, Norbert/Lindacher, Walter*, AGB-Gesetz, 2. Aufl., München 1989
- Wolff, Martin*, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, JherJb 44 (1902), 143 ff.
- Das Recht zum Besitze, in: Festgabe zum 50jährigen Dienstjubiläum von Richard Koch, Berlin 1903, S. 150 ff.
- Besprechung der Festgabe für Felix Dahn, ZHR 58 (1906), 619 ff.
- Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum, Tübingen 1923, S. 1 ff.
- Wolff, Martin/Raiser, Ludwig*, s. Enneccerus
- Wolter, Lutz*, Effektenkommission und Eigentumserwerb, Berlin 1979
- Wülfig, Thomas*, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Berlin 1981
- Würdinger, Hans*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., Heidelberg – Karlsruhe 1981
- Wüstendörfer, Hans*, Neuheitliches Seehandelsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1950
- Wunner, Sven Erik*, Gutglaubensschutz und Rechtsnatur der Vormerkung, NJW 1969, 113 ff.
- Zárban, Michael*, Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung, Diss. Mainz 1966
- Zeiss, Walter*, Leistung, Zuwendung und Erfüllung, JZ 1963, 7 ff.
- Der rechtliche Grund (§ 812 BGB) für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitsleistungen, AcP 164 (1964), 50 ff.
- Zimmer, Gerd-Herbert*, Flurbereinigung aus städtebaulichen Gründen und privatnützige Entgegnung, DÖV 1986, 1001 ff.
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 1985

- Zitelmann, Ernst*, Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, JherJb 70 (1921), 1 ff.
- Zöller, Richard*, Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Köln 1987
- Zöllner, Wolfgang*, Wertpapierrecht, 14. Aufl., München 1987
- Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 249 ff.
  - Die Wirkung von Einreden aus dem Grundverhältnis gegenüber Wechsel und Scheck in der Hand des ersten Nehmers, ZHR 148 (1984), 313 ff.
  - Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private Datenverarbeitung, RDV 1985, 3 ff.
- Zunft, Fritz*, Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft gemäß § 930 BGB, NJW 1957, 445 ff.
- Der Vorbehaltskäufer – doppelter Besitzmittler?, JZ 1959, 279 f.
- Zweigert, Konrad*, Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabelsZ 23 (1958), 1 ff.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band I, 2. Aufl., Tübingen 1984

## Sachverzeichnis

Zitiert wird nach Seiten; Hauptfundstellen sind kursiv gesetzt.

- Abhandenkommen 81, 228, 237, 250ff., 268, 302ff., 349, 384ff., 437ff.  
– im Wechselrecht 411ff.
- Ablösung  
– dinglicher Rechte 138ff.  
– nach § 1249 BGB 313
- Absolute Theorie 254ff., 366, 381
- Abstrakt-öffentliches Interesse 67ff.
- Abstraktionsprinzip 130, 182ff., 215f., 334
- Abtretung s. Zession
- Abtretungstheorie 143
- Administrativenteignung 61
- Akzessorietät 111, 115, 128  
– der Anwartschaft 317  
– der Hypothek 312
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 102, 107, 114
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 22, 38, 40f.
- Allgemeinwohl 58ff., 67, 71f., 79, 87
- Als-ob-Betrachtung 280, 438
- Amtshaftung 427
- Analogie 214ff.
- Aneignung 118, 144
- Aneignungsgestattung 305f.
- Anfechtung 186, 270, 302f., 322, 395ff.  
– der Besitzaufgabe? 396ff.  
– der Tilgungsbestimmung 302f.  
– s. auch Willensmängel
- Anfechtungsklage 407
- Anteilsidentität 172
- Anteilsverfügung 166
- Anwartschaft 76, 130, 158, 315ff., 333ff., 353ff., 429, 439f.  
– des Hypothekars 124, 127  
– Übertragung im Liegenschaftsrecht 439  
– Zweiterwerb 315ff.  
– s. auch Akzessorietät
- Anweisung 286  
– bürgerlich-rechtliche 377ff.  
– s. auch Geheißerwerb
- Anweisungs- und Offertentheorie 143
- Arglisteinrede 187
- argumentum a maiore a minus 214
- Auflassung anstelle der Berichtigungsbewilligung 441
- Aufschwunglehre 251, 306, 350, 404  
– s. auch Besitzdiener
- Ausgleichsanspruch s. Kompensation
- Auskehr des Versteigerungserlöses 154
- Auslegung 292  
– ergänzende 102, 333
- Aussonderungsrecht 217ff.
- Baugenehmigung 31
- Bauunternehmer, Sicherungshypothek 110
- Bedingung, auflösende 186
- Bedingungseintritt, treuwidrige Herbeiführung 185f.
- Bedingungstheorie 143
- Begebungsvertrag 410ff.
- Beharrungsinteresse 2, 49ff., 386
- Bereicherungsanspruch 160ff., 173, 190ff., 216ff.  
– s. auch Durchgriffs-, Leistungs-, Nichtleistungskondition
- Besitz 263, 306f., 435f.  
– Begriff in § 933 BGB und § 934 BGB 337  
– Interventionsbefugnis 277ff.  
– mittelbarer 241, 245, 252ff., 282, 303ff., 332, 369, 397, 406  
– des Verfügenden 261ff.  
– des Zustimmenden 303  
– des Papierschuldners 254ff.  
– als Rechtsscheinträger 239ff., 248, 260  
– Umstellung 375, 381ff.  
– unmittelbarer 240, 245, 330ff., 347, 350, 364, 397  
– Verlust, Zeitpunkt des Besitzverlusts beim Abhandenkommen 393  
– Zuweisungsgehalt 209 Fn. 144  
– s. auch Eigenbesitz, Fremdbesitz, Mitbesitz, Nebenbesitz
- Besitzanspruch, petitorischer 213
- Besitzaufgabe 211, 244, 302, 336ff., 365
- Besitzdiener 251, 306, 399, 404f.
- Besitzgebäude 355ff., 365
- Besitzkonstitut 222, 240, 257, 344ff., 360ff.  
– antizipiertes 97
- Besitzlage, Kenntnis der 328
- Besitzmittlung, doppelte 355ff.

- Besitzmittlungswille 257, 362ff., 461  
 Besitzrecht 222  
 Besitzverschaffungsmacht 8, 106, 245ff., 264, 288ff., 304, 315ff., 322f., 385ff., 437, 460  
 Bestandsgarantie 51  
 – s. auch Institutsgarantie  
 Bestandsinteresse 67  
 – s. auch Beharrungsinteresse  
 Bestandsschutz 63, 66, 71f., 85  
 Blankoindossament 345, 416  
 Botenmacht 303  
 Bruchteilseigentum s. Miteigentum  
 Bruchteilsgemeinschaft 177  
 Buchung 435 ff.  
 – s. auch Doppelbuchung  
 Bürgschaft 142  
  
 Coase-Theorem 233 ff.  
 – s. auch Ökonomische Analyse des Rechts  
 Conterganurteil 52 Fn. 32  
  
 Deckungsverhältnis, fehlendes 288 ff.  
 Direktkondition s. Durchgriffskondition  
 Direktlieferung 278 ff., 438  
 Dispositives Recht 36, 113, 115  
 Dissens 226, 280, 300, 395  
 Doppelbuchung 433, 457  
 Doppelspiel 360ff., 461  
 – s. auch Nebenbesitz  
 Dreipersonenverhältnis 91, 408ff., 438, 461  
 Dritterwerb, rechtsgeschäftlicher s. Verkehrsgeschäft  
 Drittleistung 297  
 Drittwiderspruchsklage 153, 156f., 217ff.  
 Drittwirkung der Grundrechte 10ff.  
 – mittelbare Drittwirkung 20ff.  
 – unmittelbare Drittwirkung 35f.  
 – und Vertragsrecht 23 Fn. 95, 26 mit Fn. 103, 27 mit Fn. 110  
 Drohung 396  
 Dürftigkeitseinrede 208  
 Duldungspflicht 31  
 Durchgangserwerb 278ff., 296, 438  
 Durchgriffskondition 92ff., 182f., 188f., 192ff., 208, 211ff., 223, 228ff.  
  
 Effektengiroverkehr 325, 339, 344  
 Effektenkommission 113  
 Effektenverkehr 324  
 Effizienz 231 ff.  
 Eigenbesitz 242, 253  
  
 Eigentümergrundschuld 114, 122, 124, 136, 145  
 Eigentum  
 – verfassungsrechtlicher Begriff 13 ff.  
 – Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers 17 f.  
 – Institutsgarantie 24 f., 50 f.  
 – Privatnützigkeit 50 f.  
 – Zuordnung des Eigentums durch die §§ 892 f., 932 ff. BGB 32  
 Eigentumsvermutung 241ff., 307ff., 348  
 Eigentumsvorbehalt 240, 243, 338 ff., 346  
 Einbaufälle 94, 230  
 Eingriffskondition s. Durchgriffskondition  
 Einigung, dingliche 290 ff.  
 – im Liegenschaftsrecht 423 ff., 452  
 – s. auch Geheißerwerb  
 Einmann-GmbH 172 ff.  
 Einstweilige Verfügung 161ff., 344  
 Eintragung 160, 314, 423ff., 440  
 Eintragsverschaffungsmacht 423ff., 435, 445, 455, 461  
 Einwendungsverlust 7, 181 Fn. 550  
 Einzelzwangsvollstreckung s. Vollstreckungsschutz  
 Enteignung 87, 459  
 – Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen 72  
 – redlicher Erwerb als Enteignung? 56 ff.  
 – enteignender Eingriff 57 f.  
 – enteignungsgleicher Eingriff 64 f.  
 – s. auch Administrativenteignung, Legalenteignung  
 Entgelt, nachträgliche Vereinbarung 90 f.  
 Entgeltlicher Erwerb 80, 116, 136ff., 149, 459  
 Entgeltlichkeit 89, 137, 169  
 Entschädigungspflicht 70 ff.  
 – s. auch Kompensation  
 Erbbaurecht 167  
 Erbenhaftung, unbeschränkte 205  
 Erbfolge, vorweggenommene 147, 203  
 Erbschaftsbesitzer 112, 391, 441  
 Erbschein 442ff., 450ff.  
 – nichtiger 457 f.  
 – redlicher Erwerb kraft Erbscheins 442 ff.  
 – widersprüchliche Erbscheine 455 ff.  
 Erbscheinerbe 442 ff.  
 Erbvertrag 104 f.  
 Erforderlichkeitsprinzip 44 f., 83  
 Erfüllungssurrogat 207  
 Erlösherausgabe 190 ff.  
 Ermächtigung 439  
 Ersatzanspruchstheorie 94 f., 194

- Erwerb
  - vom Berechtigten 246f., 253f., 353, 374, 421
  - kraft Rechtsnachfolge von Todes wegen 146f.
  - vom Nichtberechtigten s. Redlicher Erwerb
  - s. auch Gesamtrechtsnachfolge, Universal-sukzession
- Erwerbsinteresse 2, 122, 386
- Fälschung 436ff.
- Forderungsauswechslung, gesetzliche 141
- Fremdbesitz
  - mittelbarer 241
  - des unmittelbaren Besitzers 261ff.
- Gegenleistung 168, 182, 200, 227
  - s. auch Entgeltlicher Erwerb
- Geheißerwerb 278ff., 382
  - s. auch Streckengeschäft
- Generalklausel 11
- Gerechtigkeit 236f.
- Gesamthand 169ff., 177f.
- Gesamthandsgesellschaft 178f., 401
- Gesamtrechtsnachfolge
  - Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers 201ff.
  - Haftung des vormerkungsberechtigten Gesamtrechtsnachfolgers 204ff.
  - Übernahme einer Gesamthandsgesellschaft durch ein Mitglied 179
  - s. auch Erbschein, Universalsukzession, Vermögensübernahme, Vormerkung
- Gesamtschuld 94, 142
- Gesamtverfügung 166
- Geschäft
  - dingliches 410
  - obligatorisches 413
  - für den, den es angeht 184
  - s. auch Insich-Geschäft
- Geschäftsbesorgung 124
- Geschäftsgrundlage 125, 165
- Geschäftsfähigkeit 301, 394
  - beschränkte Geschäftsfähigkeit 237, 388ff., 394, 405ff.
- Geschäftsunfähigkeit 237, 388ff., 393, 438
- Gesellschaftsanteil, redlicher Erwerb 176f.
- Gesellschaftsrecht, redlicher Erwerb 168ff.
- Gesetzesverstoß 270, 403
- Gesetzesvorbehalt 38
- Gesetzlicher Erwerb 96, 101ff., 117, 310ff., 440
  - und redlicher Erwerb 138ff., 310ff., 441f.
  - s. auch Erwerb kraft Rechtsnachfolge von Todes wegen
- Gestaltungsprimat der Legislative 16ff.
  - Auftrag 43
  - Grenzen 18
  - Möglichkeiten 75ff.
  - Spielraum 44
- Grundbuch 119, 164, 171, 419ff., 445ff., 454
  - Änderung des Grundbuchstands zwischen Einigung und Eintragung 423ff.
- Grundbuchamt 428ff.
- Grundbuchberichtigung 179, 206, 426ff., 444ff.
- Grundbuchberichtigungsanspruch 439
- Grundbuchordnung 81
- Grundbuchunrichtigkeit, nachträgliche 423ff.
- Grundpfandrechte an Miteigentumsanteilen 166
- Grundrechte
  - als Abwehrrechte 24, 30f., 51, 64
  - als objektive Wertordnung 21ff.
  - als Schutzpflichten 28ff.
  - Drittwirkung der Grundrechte s. Drittwirkung
- Grundrechtsbindung des Zivilgesetzgebers 10ff.
- Güterabwägung 39ff.
- Gütergemeinschaft 202
- Haftung
  - des Gesamtrechtsnachfolgers 201ff.
  - der öffentlichen Hand 86f.
  - s. auch Amtshaftung, Erbenhaftung
- Haftungsbeschränkung 207f.
- Herausgabeanspruch 241, 259ff., 267ff., 335, 342, 356, 364, 370ff., 435ff.
  - Abdingung 327
  - des Berechtigten 362ff., 374, 451
  - Rechtsnatur 268, 344
  - Sperrfunktion 362ff., 370ff., 381, 383, 457, 461
  - verbrieft 255, 370ff., 376ff.
  - Verschaffung des Herausgabeanspruchs 252ff.
  - Vinkulierung 381ff.
  - Zession 261ff., 350
- Herausgabepflicht des Beschenkten 91ff.
- Hypothek 91, 98, 116, 123ff., 136ff., 182, 437 Fn. 103
  - Übertragung 312

- Sicherungshypothek des Bauunternehmers 110
- s. auch Zwangshypothek
- Identität
  - rechtliche 120ff.
  - wirtschaftliche 120ff., 168, 172
  - s. auch Anteils-, Personenidentität, Verkehrsgeschäft
- Immaterialgüterrecht 54
- Immission 30
- Indossament 268, 377
  - s. auch Blankoindossament
- Inhaberlagerschein 272
- Inhaberpapier 272, 366
- Inhaltsirrtum 302
- Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums 49ff., 65ff., 69, 459
- Inhalts- und Schrankennormen 15f.
- In-sich-Geschäft 97, 278
- Insolvenzrisiko 2, 86, 93
- Institutsgarantie des Eigentums 24f., 50f.
- Junktimklausel 71f., 85
- Juristische Person 168ff., 172, 176, 399
  - s. auch Gesellschaftsrecht
- Kaldor-Hicks-Kriterium 235
  - s. auch Ökonomische Analyse des Rechts
- Kapitalgesellschaft 168ff.
- Kausalität 226, 231, 328f., 419f., 443, 450, 461
- Kennenmüssen 119, 164, 171, 174
- Kettenauflassung 439
- Kfz-Brief 233, 244, 272ff., 345
- Koalitionsfreiheit 37
- Kollision
  - von Grundrechten 34f., 37ff., 76ff.
  - der Interessen des Eigentümers mit denjenigen des Erwerbers 2, 79ff., 122, 152
- Kollisionsregeln 75ff.
- Kompensation 54, 65f., 84ff., 95, 189
  - s. auch Entschädigungspflicht, Schadenersatzanspruch
- Konditionsfestigkeit des redlichen Erwerbs 88ff., 116, 147ff., 181, 196, 230, 293
- Konfusion 207
- Konkretisierungsprimat der Legislative 32f., 59
- Konkursanfechtung 84f.
- Konnossement 252ff., 366ff.
- Kontroll- und Interventionsbefugnis des Grundbuchamts 428ff.
- Konversion 166, 333
- Kreditsicherung 90, 127
- Kunstfreiheit 38, 40
- Lagerschein 252ff., 376ff.
  - an eigene Order 344
- Lebach-Urteil 43
- Legalenteignung 49 Fn. 14, 61ff., 64 Fn. 97
- Leistung
  - des Erwerbers 81, 88ff., 122ff., 163ff., 429, 459
  - fehlende Leistung 142, 183
  - auf die obligatorische Forderung 141
  - bei redlichem Erwerb von Miteigentumsanteilen 165ff.
  - s. auch Dritt-, Gegen-, Teilleistung
- Leistungsklage 159, 162
- Leistungskondition 93, 190
  - Vorrang der Leistungskondition 196, 229, 295
- Leistungsbestimmung 297
- Liegenschaftsrecht 419ff., 452ff.
- Lösungsrecht 2, 81, 395
- Mängelrüge 205
- Meinungsfreiheit 40f., 76
- Menschenwürde 25ff.
  - Schutz 32
- Mentalreservation 267, 352, 395
- Mephisto-Urteil 35, 42f.
- Mißbrauchsrisikoprinzip 387ff., 461
- Mitbesitz 320f., 324
  - des Berechtigten 324
  - mittelbarer Mitbesitz 322
- Miteigentum 164ff.
  - Aufhebung der Miteigentümergeinschaft 167
  - Erwerb von Miteigentumsanteilen 164ff., 320ff.
  - Verfügung eines Miteigentümers 403
- Mittelbarer Besitz s. Besitz, unmittelbarer
- Nachbarrecht 30f.
- Nachforschungsobliegenheit des Erwerbers 80, 131, 233, 247, 264, 349, 418ff.
- Namenslagerschein 380
- Naßauskiesungsentscheidung 64
- Nebenbesitz 346ff., 360ff., 374
  - mittelbarer 355ff.

- Nichtleistungskondiktion 192ff., 208, 211ff., 344  
   – s. auch Durchgriffskondiktion  
 Nicht-mehr-Berechtigter 114  
 Nießbrauch 112  
 Normanwendungstheorie 174  
 Normenkontrolle, abstrakte 34
- Objektives Wertsystem der Verfassung 21 ff.  
 Ökonomische Analyse des Rechts 231ff., 460  
 Offertentheorie 199  
 Orderkonnossement 366  
 Orderlagerschein 262, 374ff.  
 Orderpapiere 345, 366, 376, 416f.  
 Orderwechsel 313 Fn. 464, 345
- Papiere, handelsrechtliche 252ff., 272ff., 366 ff.  
 Paretokriterium 234  
 Personengesellschaft 177ff.  
 Personenidentität 172 ff.  
 Pfändungspfandrecht 152ff.  
 Pfandrecht  
   – gesetzliches Pfandrecht 106  
   – des Pächters 103  
   – des Vermieters 101 Fn. 81  
   – s. auch Unternehmerpfandrecht  
 Pfandrechts-theorien 153  
 Pfandrechtsübergang bei Übertragung der gesicherten Forderung 311ff.  
 Pflichtexemplarentscheidung 54  
 Pflichtteilergänzung 84f.  
 Präklusion 156  
 Präventionsprinzip 368f.  
 Praktische Konkordanz 33, 39, 78  
 Pressefreiheit 41  
 Privatautonomie 23 Fn. 95, 27  
 Privatrechtliche Ansprüche, verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz 48  
 Prüfungsintensität des Bundesverfassungsgerichts 33f.
- Realakt 62  
 Rechtsbedingung 186  
 Rechtsgeschäft 96 ff.  
 Rechtsgeschäftslehre 394 ff.  
 Rechtsgrund 196ff., 414 Fn. 151  
 Rechtsirrtum 436  
 Rechtsmißbrauch 173  
 Rechtsnachfolge von Todes wegen 113, 146ff.
- Rechtsschein 106, 288, 315f., 320, 416, 425, 451  
   – Besitz als Rechtsscheinträger 239ff.  
   – Erbschein als Rechtsscheinträger 450  
   – Grundbuch als Rechtsscheinträger 419ff.  
   „Rechtsscheinprinzip, reines“ 226, 417, 419  
 Rechtssicherheit 203, 348  
 Rechtsverfolgung 213, 219ff.  
 Rechtswidrigkeitstheorie 195ff., 201 Fn. 97  
 Redlicher Erwerb  
   – kraft Erbscheins 442ff., 447ff.  
   – von Forderungen 259, 269, 319  
   – im Gesellschaftsrecht 168ff.  
   – bei gesetzlichem Erwerb 138ff., 310ff.  
   – im Handelsrecht 252ff., 329  
   – lastenfreier redlicher Erwerb 103f., 330, 357ff.  
   – im Liegenschaftsrecht 324, 419ff.  
   – von Miteigentumsanteilen 164ff.  
   – im Mobiliarsachenrecht 225ff., 448  
   – kraft öffentlichen Glaubens 419ff.  
   – Qualifizierung 56 ff.  
   – bei Rechtsnachfolge von Todes wegen 146ff.  
   – vom relativ in seiner Verfügungsmacht Beschränkten 329  
   – und Sukzessionsschutz 223f.  
   – kein redlicher Erwerb trotz Übergangs durch Rechtsgeschäft 145ff.  
   – verfassungsrechtliche Einordnung 9ff.  
   – bei fehlender Verfügungsbefugnis 418  
   – bei fehlender Vertretungsmacht? 414 Fn. 151  
   – ohne Vollzugsmoment? 310ff.  
   – vom Vorerben 329  
   – in der Zwangsvollstreckung 149ff.  
 Rektapapier 262, 272, 376  
 Relative Theorie 259ff.  
 Relative Unwirksamkeit 133, 157f., 224  
 Repräsentationstheorie 257ff., 366  
 Restitutionsanspruch 211f.  
 Risikoprinzip 387ff.  
 Risikoübernahme 392  
 Rückabwicklung  
   – bereicherungsrechtliche Rückabwicklung 88 ff.  
   – Verbot der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung 293ff.  
   – bei fehlerhaftem obligatorischem Geschäft 413ff.  
 Rückerwerb des Nichtberechtigten 142, 183ff., 459

- Sacheigentum 47
- Saldotheorie 93
- Schadensersatzanspruch 41, 189
  - s. auch Kompensation
- Scheinermächtigung s. Vertrauensentsprechung, redlicher Erwerb
- Scheingeschäft 395
- „Scheinkollision“ 37f.
- Scheintatbestände, handelsrechtliche 7f., 108ff.
- Scheinvollmacht 285f., 398, 414 Fn. 151
- Schenkung 180f., 188, 200, 209, 216
  - gemischte Schenkung 91ff., 167
  - Schenkung an voraussichtliche Erben 148
  - s. auch Unentgeltlichkeit
- Schuldversprechen, abstraktes 124
- Schutzbereich
  - des Art. 14 GG 46ff., 75
  - der Redlichkeitsvorschriften 88ff.
- Schutzpflichten 28ff.
- Schutzwürdigkeit des Erwerbers 88ff., 113, 125, 136ff.
  - fehlende Schutzwürdigkeit 83f., 182ff., 227
- Sicherungseigentum 128, 312
- Sicherungsgrundschuld 128
- Sicherungshypothek 110, 157
- Sicherungsrechte 123ff.
- Sicherungsübereignung 240, 338
- Sichtdogma 290ff.
- Sittenwidrigkeit 107, 182, 191, 215, 228, 403
- Sozialbindung des Eigentums 44, 49, 52ff., 66, 74, 79, 85
  - entschädigungspflichtige 73 mit Fn. 159
- Soziales Mietrecht 46 Fn. 222, 79
- Sprungerwerb 349, 367, 434, 456
- Sprungverfügung 435
- Stellvertretung 185, 303, 397ff.
  - mittelbare Stellvertretung 146
  - Zurechnung von Kenntnis und Willensmängeln des Vertreters 326
- Streckengeschäft 278ff., 304, 328, 393, 440
  - s. auch Geheißerwerb
- Strohmanngeschäft 145f.
- Subsidiaritätsprinzip 197f.
- Sukzessionsschutz 208ff., 222ff., 460
- Superrevisionsinstanz 34
- Surrogation
  - dingliche 97, 112, 115, 138, 157, 184, 311 Fn. 451
  - schuldrechtliche 112
- Surrogationsprinzip 155
- Surrogationstheorie 194
- Synallagma 228
  - s. auch Leistung, Entgeltlichkeit
- Systemgerechtigkeit 116f.
- Täuschung, arglistige 301, 396
  - s. auch Willensmängel
- Teilleistung 136
- Teilnichtigkeit 166, 332
- Testament 104
- Testamentsvollstreckerzeugnis 450
- „Till Eulenspiegel im Weinberg“ 305
- Traditionspapiere, handelsrechtliche 252ff., 261, 378, 460
  - Erwerb vom Berechtigten 253
  - Erwerb vom Nichtberechtigten 254ff.
- Traditionswirkung 272ff.
- Traditionsprinzip 215ff., 246, 282ff., 304, 314, 378ff.
- Transaktionskosten 233ff.
- Treuhand 185, 304
  - uneigennützige 119, 121, 137, 145, 190
- Typenzwang, sachenrechtlicher 212
- Übergabe 117, 331, 451
  - antizipierte Übergabe 307
  - des Kfz-Briefs 345
  - beim Streckengeschäft 281 ff., 296ff.
- Umdeutung 166, 333
- Umlaufinteresse 3, 80
- Umsatzgeschäft 128, 131
- Unentgeltlichkeit 81ff., 88ff., 116, 122, 136ff., 168, 178, 200
  - partielle 91 ff., 136
- Universalsukzession 146, 203
- Unmittelbarkeit 60, 70
- Unterhaltspflichten 80 Fn. 183
- Unterlassungsanspruch 41
- Untermaßverbot 29
- Unternehmerpfandrecht 96, 101f., 106ff., 113ff., 138, 310f.
- Unterschlagung 242, 253f.
- Urheberrecht 54
- Valutierung der Forderung 123ff., 182
- Veranlassungsprinzip 385f.
- Verbotene Eigenmacht des Vertreters 399
- Verdinglichung obligatorischer Rechte 209, 212, 218
- Verfügung
  - über eine Anwartschaft 355
  - des Berechtigten 246, 421f., 443



- des Besitzdieners 250 f., 404
- über Eck 438
- eines Miteigentümers 403
- des Nichtberechtigten unter Zustimmung eines Dritten 303 ff.
- des Organs einer juristischen Person 250 f., 399 ff.
- des Scheinerben 451 f.
- des Vertreters im eigenen Namen 398
- s. auch Anteilsverfügung, Gesamtverfügung
- Verfügungsbefugnis, fehlende 109, 394, 418
- Verfügungsbeschränkung
  - nachträgliche 431
  - rechtsgeschäftliche 318, 381
  - relative 133, 157 f., 240, 329
- Verfügungsverbot, rechtsgeschäftliches 178
  - s. auch Anteilsverfügung, Gesamtverfügung
- Vergleichsmiete 79
- Verhältnismäßigkeitsprinzip 21, 40 ff., 49, 83, 85
- Verheimlichungsabsicht 360
  - s. auch Nebenbesitz, Doppelspiel
- Verkehrsfähigkeit 3, 80, 103, 446
- Verkehrsgeschäft 118 ff., 148, 164, 168, 172 ff., 181 Fn. 550, 187, 459
- Verkehrsschutz 59 ff., 98, 187, 227 f., 413 ff.
  - absoluter 8, 421
- Vermächtnisnehmer 113, 137, 147, 181
- Vermögensübernahme 105, 147, 180, 201 ff.
  - s. auch Gesamtrechtsnachfolge
- Verpfändung 253
- Verschaffungsanspruch 267
- Verschuldensprinzip 386 f.
- Versionsklage 229
- Versorgungsausgleich 36 f., 70, 76, 80, 85
- Versteigerung schuldnerfremder Sachen 192
- Vertrag zu Lasten Dritter 91
- Vertrauen, konkretes 106, 228 ff., 241, 247, 423 ff., 442 f.
- Vertrauensentsprechung 3 ff., 225 ff.
- Vertrauenshaftung 239, 411, 428
- Vertretung s. Stellvertretung
- Vertretungsmacht 303, 329, 412 Fn. 151
- Vertretungsrecht 30
- Verwahrungsbruch 327
- Verwaltungsakt, nichtiger 407
- Verwendungen 114
- Vinkulierung 372, 381 ff.
- Vollstreckbarkeit, vorläufige 160
- Vollstreckung
  - zur Beitreibung von Geldforderungen 152
  - von Individualansprüchen 150 ff.
- Vollstreckungskraft 153, 156
- Vollstreckungsschutz 208 ff., 460
  - bei beweglichen Sachen 217 ff.
  - bei Immobilien 220
- „Vollziehbare“ Verfassungsnormen 19
- Vollzug, dinglicher 440 f.
- Voreintragung
  - des Erben 432, 447
  - des Erblassers 453
  - Ersatz durch Erbschein 457
  - des Veräußerers 421 ff., 437
  - fehlende 432 f., 445, 452
- Voreintragungsgrundsatz 421, 433
- Vorleistung 131, 299
- Vormerkung 89, 131 ff., 138, 440 f.
  - erzwungene 159 ff.
  - für künftige Ansprüche 126 f., 135
  - Rechtsnatur 160, 441
  - Haftung des vormerkungsberechtigten Gesamtrechtsnachfolgers 204 ff.
  - redlicher Ersterwerb 115, 132 ff.
  - redlicher Zweiterwerb 89, 102 f., 115, 311 ff.
- Vor- und Nacherbschaft 329, 433
- Vorweggenommene Erbfolge 147, 203
- Wallraff-Urteil 35
- Wechsel, rücklaufender 143 f., 199, 212, 313
- Wertschutz 85
- Wertordnung, objektive 21 ff.
- Widerspruch 134, 427, 435
  - Vorrang vor dem Erbschein 454
- Wille
  - natürlicher Wille des Eigentümers 387
  - des unmittelbaren Besitzers 350, 364
- Willenserklärung, Ersetzung 117, 150, 161
- Willensmängel 228, 301, 388, 395 ff., 437
  - des Angewiesenen 288 ff.
- Willkürverbot 22
- Zeitpunkt, relevanter
  - der Grundbuchrichtigkeit 425
  - der Redlichkeit 123 ff.
  - Vorverlegung 133 ff., 205
  - bei gutgläubigem Immobiliärerwerb vom Scheinerben 454
  - bei unentgeltlichem Erwerb 91
- Zession 111, 212, 259, 441
  - des Herausgabeanspruchs 244, 248 ff., 261 ff., 270, 358, 365

- durch ein Pfandrecht gesicherter Forderungen 104, 108, 111, 159, 311f.
- vorgemerkter Ansprüche 101
- Zuordnung
- des Eigentums durch §§ 892f., 932ff. BGB 32
- privatnützige Zuordnung des Eigentums 49ff.
- von Verfügungen 6
- Zurechnung 301f., 306, 349, 384ff., 437ff.
- anhand des natürlichen Willens des Eigentümers 387
- anhand normativer Kriterien 394ff.
- der Verfügung eines Miteigentümers 403
- der Verfügung eines Organs im eigenen Namen 399
- der Verfügung eines Vertreters im eigenen Namen 398
- und Dreipersonenkonflikt 408ff.
- Zurechnungsprinzipien 384ff.
- Zurückbehaltungsrecht 224, 334, 365
- Zustimmung
- eines Dritten zur Veräußerung 303f.
- zur Verfügung eines Dritten 309
- des vermeintlich Berechtigten zu einer Verfügung 341
- der übrigen Mitbesitzer bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen 321
- Zuweisungsgehalt 197ff.
- des Besitzes 209 Fn. 144
- von Rechten 201, 209ff., 219, 223f.
- Zwangshypothek 157
- redlicher Zweiterwerb 158f.
- Zwangsvollstreckung 100, 106, 217ff.
- redlicher Erwerb in der Zwangsvollstreckung 149ff.
- s. auch Vollstreckung
- Zweiterwerb
- der Anwartschaft 315ff.
- des Pfändungspfandrechts 158f.
- der Vormerkung 313
- Zwingendes Recht 36, 38, 115, 138
- Zwischeneintragung 439, 447, 453, 461
- Zwischenerwerb 439
- Zwischenverfügung 134, 206, 353f.